

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'Article 214 du Code civil

Etude historique et critique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 28 Mai 1910, à 1 h. 1/2

PAR

Paul GUERBÉ

Président : M. PIÉDELIEVRE, *professeur*
Suffragants { MM. AMBROISE COLIN, *professeur*
PERCEROU, *professeur*

PARIS

JOUVE ET C^{ie} IMPRIMEURS-ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'Article 214 du Code civil

Etude historique et critique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 28 Mai 1910, à 1 h. 1/2

PAR

Paul GUERBÉ



Président : M. PIÉDELIÈVRE, *professeur*
Suffragants : { MM. AMBROISE COLIN, *professeur*
PERCEROU, *professeur*

PARIS

JOUVE ET C^{ie} IMPRIMEURS-ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

—
1910

L'ARTICLE 214 DU CODE CIVIL

Etude historique et critique

PRÉFACE

Aux termes de l'article 214, un de ceux dont l'officier de l'état civil donne lecture aux futurs époux, « la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider ; le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état ».

Une telle communauté d'existence est inséparable de la notion même du mariage, qu'on attribue à cette institution une origine divine, contemporaine de nos premiers parents, ou qu'on la considère comme le produit d'une lente évolution, consacrée plus ou moins tardivement par les autorités humaines.

La conception chrétienne du mariage ne repose-t-elle pas sur les paroles que la Genèse met dans la bouche d'Adam ? *Relinquet homo patrem suum et matrem suam et adhærebit uxori suæ et erunt duo in carne una*. Si d'autre part Westermarck soutient que « le mariage n'est qu'une union plus ou moins durable entre le mâle et la femelle, union qui dure au delà de l'acte de reproduction et de la naissance de la progéniture », on peut blâmer le caractère excessivement naturaliste de sa définition ; mais elle n'en implique pas moins, en outre des rapports sexuels, la communauté de vie, au sens où la comprend l'adage médiéval :

Boire, manger, coucher ensemble
Est mariage, ce me semble.

Aussi Westermarck, et tous ceux qui comme lui nient l'origine divine du mariage, avouent-ils sans difficulté que cette communauté d'existence se rencontre dans les plus anciennes sociétés, dès qu'à l'instinct sexuel s'ajoute chez l'homme le besoin de s'assurer l'aide permanente d'une compagne dans les difficultés matérielles ou morales de la vie.

La réunion des époux pour mener vie commune se traduit nécessairement et universellement par l'abandon que fait l'un d'eux du milieu familial où il avait vécu jusqu'alors. Le plus souvent, c'est la

femme qui rejoint son mari, mais les explorateurs affirment que chez plusieurs tribus de l'Amérique du Nord et du centre africain, il appartient au mari de quitter son village et d'aller construire une maison là où habite la jeune fille qu'il épouse. La polygamie elle-même ne fait pas obstacle à la vie commune ; toutes les épouses, que la coutume leur assure un traitement identique ou qu'elle accorde à l'une d'elles une situation privilégiée, partagent la résidence du mari.

La communauté d'habitation et de vie, si elle n'est pas tout le mariage, apparaît donc comme un de ses éléments essentiels et elle est symbolisée, à toute époque et dans la plupart des pays, par des cérémonies déjà usitées dans l'Inde et particulièrement significatives en Grèce et à Rome, cortèges, sacrifices aux dieux, ou parfois, simples repas pris ensemble par les conjoints.

Partout aussi se retrouve l'obligation imposée au mari d'entretenir sa femme et ses enfants. Westermarck, sur le témoignage des voyageurs, affirme son existence même chez les tribus les moins civilisées d'Amérique, d'Afrique, d'Océanie. Selon le même auteur, chez les peuples polygames, la coutume n'admettrait à la multiplicité des femmes que l'homme qui est en état de subvenir à leur nourriture. D'autre part, dans l'empire Birman, une femme pourrait obtenir le divorce, au cas où le mari manquerait des

ressources nécessaires à l'acquittement des charges du ménage.

Ces obligations que leur universalité permet de rattacher au droit naturel, obligation des époux de cohabiter, obligation spéciale au mari de subvenir aux frais de l'existence commune, nous les étudierons surtout dans l'organisation que leur a donnée le droit français et qu'a complétée ou tenté de compléter la jurisprudence de nos tribunaux. Toutefois une brève introduction nous montrera comment le principe de la vie commune, bien que les Romains ne l'aient pas contesté, fut contrarié chez eux par l'institution artificielle de la *patria potestas* et ne reçut son plein développement que grâce au droit canonique, appliqué sur ce point par nos Parlements.

D'autre part, nous ferons suivre l'exposé de la législation française actuelle d'une courte revue des législations étrangères, en nous attachant seulement aux dispositions qui présentent les plus grandes différences avec notre droit ou dont l'adoption par notre pays pourrait réaliser une réforme heureuse, c'est-à-dire une réforme qui concilierait les lois naturelles du mariage avec les tendances du monde moderne, sans sacrifice des unes ni des autres.

PREMIÈRE PARTIE

LE DEVOIR DE LA VIE COMMUNE ET LE DEVOIR ALIMENTAIRE ENTRE ÉPOUX DANS L'ANCIEN DROIT

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT ROMAIN

C'est dans la *confarreatio*, le seul mode de formation du mariage que connurent, semble-t-il, les premiers Romains, qu'apparaît le mieux justifiée la définition de Modestin : *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*. Après que le *paterfamilias* de la femme l'a libérée du culte des ancêtres, qu'elle a été conduite, voilée, au domicile du mari et que celui-ci lui a fait franchir le seuil (1), inter-

1. Ce qui signifie peut-être, selon la remarque de Plutarque, qu'elle ne devra quitter la demeure du mari que si elle en est chassée. A l'appui de cette interprétation, l'écrivain grec rappelle qu'en Béotie le char qui a amené la jeune fille est brûlé aux portes du mari, cette destruction de l'instrument de retour symbolisant l'obligation de la femme d'habiter avec son mari,

vient en effet une dernière cérémonie, l'offrande à Jupiter d'un pain d'épeautre, suivie de paroles solennelles, en présence du grand pontife et du flamine de Jupiter, devant dix témoins. « Les dieux eux-mêmes ont introduit la femme dans la maison. »

Mais la *confarreatio* était accessible aux seuls patriciens. D'autres institutions permirent ultérieurement aux plébéiens la formation du mariage et la création de la *manus* : la *coemptio*, et aussi l'*usus*. Dans l'*usus*, peut-être n'est-il pas trop téméraire d'apercevoir, sous la figure juridique de l'usucapion, les traces de l'importance qu'attachaient les mœurs à la vie commune. N'est-ce pas par l'expiration d'un délai d'un an qu'ici la femme tombe sous la *manus*, à moins qu'elle n'ait découché trois nuits avant ce terme fatal ?

Quel qu'ait été le procédé employé, sans doute parce qu'on ne peut servir deux religions à la fois et qu'à l'origine prédominait le culte des ancêtres, la femme *in manu* sort de sa famille pour entrer dans celle du mari. Comme le dit Fustel de Coulanges, le mariage lui fait une seconde naissance, elle est assimilée à la fille du mari. Si celui-ci est *pater familias*, il exerce lui-même ce pouvoir de la *manus*, dérivé de la *patria potestas*. Comme tel, il peut la revendiquer, ainsi qu'un enfant, un esclave, une chose. Pourtant si le droit de justice domestique va, du moins à l'origine, jusqu'au pouvoir de vie et de mort, les traditions

religieuses l'empêchent de dégénérer en tyrannie et assurent à la femme, au foyer du mari, la place d'une maîtresse de maison.

Est-ce à dire que ce *consortium vitæ* réponde à l'idée moderne du mariage? Non pas, car Rome ignore, en réalité, l'autorité maritale; si le mari est lui-même en puissance (puissance qui survit à son mariage, à sa paternité, aux plus hautes charges publiques), il appartient à son propre *paterfamilias* d'exercer la *manus*, de revendiquer l'épouse, et même, de la répudier. Comment les conjoints formeraient-ils un groupe nouveau et libre dans un foyer indépendant?

Avec le mariage *sine manu*, nous nous écartons davantage de l'union matrimoniale telle que la conçoivent de nos jours les peuples civilisés. La femme demeure, juridiquement parlant, dans sa famille; *sui juris*, elle reste en tutelle; *alieni juris*, elle continue à relever de son *paterfamilias* dont l'autorité l'emporte sur celle du mari et dont pèse toujours sur elle le pouvoir de juridiction domestique. Confiée au mari « à titre de dépôt temporaire », elle peut être reprise par son *pater*; il faut arriver aux Antonins pour voir ce dernier plus ou moins intégralement privé de la faculté de rompre le mariage de la fille *alieni juris* contre la volonté de celle-ci en lançant le *repudium* ou en la forçant de revenir auprès de lui. Paul attribue la réforme à

Antonin le Pieux (1), la loi V au Code, de *repudiis* (V, XVII) à Marc-Aurèle, Ulpien la considère comme une simple atténuation de fait au droit strict du *pater* (2). Seul Hermogénien la regarde comme bien établie et parle non plus seulement d'une exception accordée au mari pour repousser l'interdit du *pater* (*de liberis exhibendis*), mais aussi d'un interdit donné au mari pour réclamer sa femme, même contre le *pater* de celle-ci (*de uxore ducenda, exhibenda*) (3).

Si la validité du mariage *sine manu* est indépendante de toute intervention de l'autorité publique et de toute cérémonie religieuse, il semble par contre que la *deductio* fut longtemps pratiquée. Alors même que la vierge demeure légalement dans sa famille propre, la raison se refuse en effet à concevoir l'union matrimoniale sans la mise de la femme à la disposition du mari. Cette mise à la disposition dut finalement suffire, en dehors de toutes formes spéciales, mais fut toujours exigée, puisque le mariage qui put se former malgré l'absence du mari exigea toujours la présence de la future épouse (4).

Le mariage *sine manu* ne se maintient que par la

1. V, VI, 15. — Cf. II, XIX, 2, et § 116 des fragments du Vatican.

2. L. 1, § 5, D. XLIII, XXX.

3. L. 2, D. XLIII, XXX.

4. Paul. Sent., II, XIX, 8.

Pomponius, L. V. D. *De ritu nuptiarum*, XXIII, 11.

volonté concordante des époux de persévérer dans la vie commune. Que l'un d'eux vienne, même pour le motif le plus futile, à abandonner cette vie commune, l'union matrimoniale se désagrège *ipso facto*, faute d'un des éléments requis pour sa formation et pour son maintien (1). Il est vrai que la répudiation ne tarda pas à être soumise à certaines formes et que des peines très graves finirent par menacer le conjoint qui la rendait nécessaire ou l'exerçait sans juste cause, mais, malgré l'application de ces mesures répressives, le mariage demeura, dans tous les cas, rompu, même sous les empereurs chrétiens. D'autre part, bien que se révèle dans une constitution de Théodose II et Valentinien III, en date de 449 (2), une conception moins superficielle de la cohabitation, le Code Justinien affirme encore qu'aucune règle de droit n'astreint la femme rebelle à regagner le foyer conjugal (3).

Le droit romain fournit-il du moins des données plus précises sur les rapports alimentaires des époux? Dans l'antique mariage avec *manus*, la femme, se

1. A moins qu'il ne s'agisse seulement d'une habitation séparée, qu'un texte nous montre fréquente dans la haute société, habitude qui n'exclut pas la *maritalis affectio*. L. 32 § 13. D. XXIV, I.

2. Formant la L. 8 au Code *de repudiis*, V, XVII.

3. L. 5 au Code *de repudiis*, V, XVII.

trouvant *loco filia*, recevait du chef de famille les aliments qu'à défaut de disposition expresse dans la loi des XII-Tables, assuraient aux enfants les traditions religieuses ou morales et le contrôle du tribunal de famille. Insuffisamment entretenue, elle n'eût même pas eu la ressource de s'affranchir par sa volonté de la *patria potestas*.

Dans le mariage *sine manu*, le principe est que le mari est seul tenu de subvenir aux charges du ménage et que la femme se libère une fois pour toutes par la remise de la dot. Aussi est-ce une obligation personnelle du mari de l'entretenir de nourriture, de vêtements, peut-être même de lui procurer des soins médicaux (1). Toutefois, le pacte serait valable par lequel la femme se réserverait de subvenir elle-même à ses propres besoins (2). Le caractère artificiel du système romain apparaît nettement, si l'on songe que des épouses de fonctionnaires crurent devoir spécifier l'acquittement par le mari des frais qu'elles feraient pour le rejoindre (3), si l'on songe aussi que le devoir subsidiaire de secours n'incomba à la femme que tardivement.

En résumé, dans le mariage *cum manu*, le droit de

1. L. 31. D. XXIV. 1. — L. 7, frag. 1. D. XXIII. III. — L. 13, C. II, 19. — L. 22, § 8. D. XXIV. III.

2. L. 12. § 1. D. XXIII. IV.

3. L. 26 § 3. D. XXIII. IV.

la femme aux aliments dérive de sa qualité de fille ; dans le mariage *sine manu*, il est la contre-partie de la dot. Rome ne connut donc pas à vrai dire un devoir de secours réciproque, directement issu de la *societas vitæ* qu'entraîne le mariage, pas plus qu'elle ne connut une organisation réellement légale et juridique de l'obligation des époux de cohabiter.

CHAPITRE II

LES MŒURS ET LES LOIS BARBARES

Il reste douteux qu'aucune *patria potestas*, analogue à celle qui stérilisa le droit de famille des Romains, n'ait entravé chez les Gaulois le développement des lois naturelles de l'union conjugale.

On attribue par contre aux Germains la conception du mariage comme une association entre le mari et la femme dans un foyer indépendant. La parenté ne repose plus chez eux sur l'idée de puissance.

Toutefois les lois barbares nous renseignent assez mal sur la réalisation juridique de ces principes nouveaux.

La vie commune semble commencer après une remise de la vierge au mari, postérieure à la *desponsatio* et à la *dotatio* et analogue à la *deductio in domum mariti* (1).

L'indissolubilité du mariage n'est pas encore direc-

1. *Edictum Rotharis*, nos 178, 183, 188. — *Lex Wisigothorum*, L. III, I, n° 2.

tement sanctionnée, malgré l'influence des préceptes du christianisme.

Si les mœurs refusent à la femme la faculté de répudier son mari, les désertions n'en paraissent pas moins fréquentes et des formules de serment existent pour faciliter la restauration de la vie commune (1).

Quant à l'épouse qui aurait de justes raisons de se soustraire à la cohabitation, peut-être trouverait-elle un appui suffisant auprès de ses parents, dont le devoir est de provoquer le mari qui la maltraite ou ne subvient pas à ses besoins (2). Mais, à l'égard de celle qui déserterait par caprice et légèreté, hors même le cas d'adultère, il existe, du moins dans la loi Burgonde, une peine particulièrement grave et infamante : la mort sur le fumier (3).

Quant au mari, il peut répudier sa femme, mais s'il la renvoie hors des cas prévus par la loi, il est atteint par de lourdes déchéances pécuniaires.

1. Rozière, éd. 1859, 2^e partie, formule 539 :

« Femina sic juret : Amodo in antea istum tuum maritum, quem injuste dimiseras, ita tenebis et amplexaberis et ei in servitio, in amore et in timore ita eris subjecta et obediens, sicut per rectum uxor suo debet subjecta esse marito, nec unquam ab eo te separabis nec illo vivente alteri viro te sociabis in conjugio aut adulterio. Sic te Deus adjuvet. »

Formule analogue pour le mari.

2. *Edictum Rotharis*, n^{os} 200, 202. — Cf. Luitprand, n^o 121

3. Titre XXXIV, § 1.

D'après la loi des Wisigoths, seule peut être chassée légitimement la femme adultère. Toute autre emporterait avec soi et sa fortune personnelle et ce que le mari lui avait assuré (1). La même faculté appartiendrait à la femme bavaroise (2), chassée *sine aliquo vitio, per invidiam*. S'inspirant de l'édit de Constantin, la loi Burgonde n'admet comme causes de répudiation que l'adultère, le sortilège, la violation de tombeaux. Hors de là, le mari qui veut briser l'existence commune n'a que l'extrême ressource d'abandonner lui-même, à sa femme et à ses enfants, sa maison et sa fortune entière (3).

Nous signalerons particulièrement, comme ayant établi une heureuse compensation au *mundium* rigoureux dont il frappait la femme, le droit lombard : outre des peines privées et publiques, compositions dues au roi et aux parents de la femme, et de graves déchéances pécuniaires, le mari encourt la perte de son *mundium* lorsqu'il répudie injustement son épouse et installe à sa place une concubine. Il s'expose également à la perte du *mundium* s'il se rend coupable de *mala tractatio*, c'est-à-dire si *uxorem fame aut siti necaverit aut vestimentum aut*

1. Liv. III, tit. VI, frag. 1 et 2.

2. L. des Bavares, titre VII, chap. XIV.

3. Titre XXXIV, § 3 et 4. Nous aurons à signaler une certaine analogie avec cette disposition dans le projet Viollette sur le divorce par volonté d'un seul.

calceamentum secundum qualitatem personae vel pecuniae mulieri non dederit (1).

De cette conception relativement élevée du mariage germain, faut-il conclure que le mari peut exiger efficacement la cohabitation ? Grégoire de Tours nous renseigne insuffisamment à cet égard. C'est simplement du concours de ses amis et voisins que le mari de Monegonde attend le retour de celle-ci, enfermée dans un couvent (2).

L'aventure de Berthegunde n'est pas plus significative. Sur les instances de sa mère Ingeltrude, fondatrice d'un monastère, elle quitte son mari pour devenir abbesse de ce nouvel ordre. L'époux abandonné a recours aux bons offices de Grégoire de Tours, dont tout l'effort se borne à menacer la déserteuse d'excommunication. Telle est en effet la peine que prononcent les canons de Nicée contre la femme qui tente de se soustraire à la cohabitation, sous prétexte que Dieu refuse la gloire du ciel à qui vit dans le mariage. La crainte de l'anathème ramène Berthegunde au foyer conjugal. Quatre ans après, elle le déserte à nouveau et demande abri à Berthchramn, son frère, évêque de Bordeaux. Le mari en appelle au roi Gontran, qui donne à l'évêque l'ordre de rendre sa sœur. « Elle est ma parente, proclame

1. L. Grimaldi, 6. — Luitpränd, 120.

2. *Vitæ patrum*, XIX, p. 1 et 2.

le roi. Si elle a commis quelque méfait dans la maison de son mari, à moi d'en tirer vengeance. Sinon, pour-quoi réduire un mari à tant de scandale et lui ravir sa femme (1). » On se demande si le délaissé, sollicitant l'intervention de Grégoire, s'adresse à un ami particulièrement vénérable ou à l'évêque. Quant à Grégoire, il n'use vis-à-vis de la fugitive d'autres arguments que des préceptes du christianisme, tandis que le roi Gontran paraît surtout préoccupé de la solidarité familiale et agir en parent plutôt qu'en juge suprême. Le dénouement de l'aventure ne saurait nous éclairer davantage, car Berthchramn évita par un biais d'exécuter l'ordre royal ; à son instigation, sa sœur chercha asile dans la basilique de Saint-Martin et ne rejoignit son mari qu'au décès de l'évêque de Bordeaux.

C'est seulement sous l'influence grandissante du christianisme et l'effort doctrinal des canonistes que s'apprête à revêtir une forme véritablement juridique la communauté d'existence dans le mariage.

1. Grégoire. *Hist. franc.*, IX, 33.

CHAPITRE III

DROIT CANONIQUE

C'est surtout du mariage chrétien qu'il est vrai de dire : *Matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens*, et c'est à bon droit que les décrétales ont emprunté cette définition aux *Institutes* (1).

Créé par Dieu pour la propagation du genre humain, le mariage est un remède légitime à la concupiscence. « L'alliance nuptiale est » aussi « la figure de l'union sacrée de Jésus-Christ et de son Eglise », union pour laquelle il s'est fait chair. Pour réaliser cette confusion de deux existences et pour faciliter la *copula carnis*, la communauté de vie doit être complète et constante entre le mari et la femme, comme le proclame la genèse, confirmée par les paroles mêmes de Jésus-Christ : *Relinquet homo patrem suum et matrem suam et adhærebit uxori suæ et erunt duo in carne una*. De cette étroite cohabitation la lèpre elle-même ne dispense pas les

1. *Institutes*, I, IX, 1. C. 11, X, II, 23.

conjointes (1). L'idéal de l'Eglise serait qu'elle continuât jusque dans la tombe, que la mort même ne séparât pas les corps dont les âmes furent confondues en Dieu.

Si l'homme et la femme sont égaux en Jésus-Christ et si l'épouse n'est pas en la puissance du mari comme le fils en celle du père, le mari n'en a pas moins sur elle une certaine autorité.

Elle doit être soumise à l'époux comme au Seigneur, car le mari est le chef de la femme, comme Jésus-Christ est le chef de l'Eglise. Tel est le principe que proclame saint Paul et que confirme le décret de Gratien (2). D'où cette règle, que rien ne faisait prévoir encore dans le Code Justinien : *Unaquæque mulier sequatur virum suum sive in vita, sive in morte* (3). Il s'en suit également que le mari possède le privilège de choisir la demeure commune. La femme est tenue de le suivre *sub culpa lethali*. Aucune coutume contraire ne saurait prévaloir sur cette obligation de droit divin, à laquelle la soustrairait pourtant le danger de péché ou de mort (4).

1. C. 1, X. *De conjug. lepr.* IV, 8 (Alexandre III). — C. 2, *loc. cit.*

2. C. III. *Causa XIII, quæstio 2* (seconde partie du décret de Gratien).

3. C. XV. *Causa XXXIII, quæstio 5. Item Hieronymus super epist. ad Tit.*, cap. 2.

4. Sanchez, L. I. Disp. XLI, n° 2.

L'obligation de l'épouse suppose au reste que le mari a un domicile fixe. Elle est dispensée de l'accompagner s'il mène une vie vagabonde ; mais elle demeure tenue de le suivre si, à sa connaissance, il vivait en nomade dès avant le mariage, ou si les circonstances sont telles qu'elle puisse partager ce genre d'existence sans graves inconvénients et sans péril pour son âme.

Cette réserve se justifie par le principe que la cohabitation est le devoir essentiel des conjoints et par l'ordre que donne l'Eglise de fuir les tentations d'adultère (1).

Elle n'est pas forcée de suivre l'époux dans un long voyage, fût-ce aux Lieux Saints. Il en est autrement si le déplacement est bref et a de justes motifs, autrement aussi, dans la doctrine qui prévaut, quand le mari part vers de lointaines contrées, avec l'esprit de retour, mais avec l'intention d'y séjourner quelque temps.

Ce qu'on veut éviter à la femme, c'est seulement d'être contrainte à passer sa vie en allées et venues (2).

La loi divine obligeant l'épouse à suivre son mari, du moment que les circonstances rendent inévitable le départ de ce dernier, elle devra l'accompagner

1. Sanchez, I, XLI, 7.

2. Sanchez, lib. I, disp. XLI, n° 7.

même à l'exil, en prison, à l'armée, dans tous les endroits où l'appellera l'ordre d'un maître. C'est l'une des fins du mariage, en effet, que l'adoucissement des peines réciproques par la vie commune (1).

Du principe que les époux *quoad mutua obsequia conjugalia pares sunt*, découle cette conséquence que si de justes motifs astreignent la femme à changer de résidence, c'est au mari d'aller cohabiter avec elle. Sanchez observe, avec quelque subtilité, que cette solution donne la clef d'une autre difficulté : la femme doit-elle accompagner son mari à son nouveau domicile, si le changement ne s'imposait pas ? Nécessairement, répond-il, pourvu que le mari ne se détermine pas *ex causa turpi vel inhonesta*. Autrement, disparaîtrait toute différence à cet égard entre les époux, et serait violé le précepte que l'épouse *gubernationi viri subest*.

Peut-être, en vertu de conventions expresses, l'obligation de cohabiter pouvait-elle fléchir temporairement (2) ; on rencontrait aussi, dans les unions avec un étranger, notamment en Espagne, l'adjonction au contrat de mariage d'un pacte par lequel la femme se réservait de ne cohabiter qu'aux lieux

1. Cf. Gl. sur C. III. — C. XIII, *quæst.* 2.

2. Sanchez, lib. V, disp. X, n° 5.

par elle déterminés (1). Selon Covarruvias, ce pacte n'avait pas plus de force obligatoire que la condition imposée à un légataire de se fixer à un endroit désigné par le testateur (2).

Pour la plupart des canonistes au contraire, le pacte était valable. A l'appui de leur opinion, ils invoquaient principalement la loi 10 (au c. *de pactis*). Si elle permet d'apposer n'importe quel pacte à la tradition d'une *res*, pourquoi cette faculté ne s'étendrait-elle pas au mariage, à la tradition de soi-même ? D'une décrétale de Grégoire IX, résulte en outre la validité de toute condition qui, loin d'attenter au principe canonique de la liberté des mariages, favorise la vie commune (3). L'on ajoutait qu'il ne s'agissait pas ici, comme en matière de legs, d'une *servitutis species*, entravant la liberté d'un individu, sans profit pour personne, mais d'une précaution destinée à sauvegarder la personnalité de la femme et à lui éviter les dangers d'une expatriation.

Entre ceux qui ne refusaient pas tout effet au pacte, la controverse subsistait au sujet des sanctions : les uns, notamment Sanchez, affirmaient le droit pour la femme de ne pas suivre son mari s'il se fixait en dehors des lieux prévus par le pacte. Les autres ne

1. Sanchez, lib. I, disp. XL.

2. Pars 2, ch. VI, 6°. — Loi 71, § 2, *Titio centum*. Dig. XXXV,

1.

3. Ch. XXIX, X, IV, 1.

la considéraient pas comme dispensée de la cohabitation par la violation de la condition, le devoir de la vie commune dérivant de la parole divine et ne pouvant supporter aucune dérogation conventionnelle. Ceux-ci frappaient seulement le mari d'une *pæna*. Tous d'ailleurs s'accordaient à affranchir le mari de tout respect du pacte, même juré, au cas où la nécessité, climat insalubre ou hostilité de la ville à son égard, justifiait son déplacement.

*
* *

Comme dans le droit des pandectes, le mari, parce qu'il reçoit la dot pour supporter les charges du mariage, est tenu de nourrir la femme. Il est libéré de ce devoir d'entretien quand la femme cesse, par abandon du domicile conjugal, d'être *in viri obsequio*, à moins que lui-même n'ait motivé, par sa conduite, cette désertion.

Peut-il également refuser des aliments à l'épouse que son hérésie aurait menée en prison ? La doctrine dominante répond négativement. Si la femme, par sa propre faute, s'est mise hors de la compagnie du mari, cette faute n'avait pas directement pour objet de rompre la communauté d'existence. D'ailleurs, la femme expie son crime par son internement. Pourquoi ne pas l'assimiler à la déserteuse qui, repentante, consent à la restauration de la vie conjugale ?

Un principe domine au reste l'obligation alimentaire en droit canonique : celui-là doit des aliments, de qui la faute est la plus grave.

C'est le cas du mari qui repousse la déserteuse repentante, de l'épouse qui s'obstine à vivre séparée d'un époux cruel, malgré les garanties qu'il lui donne de la traiter avec humanité (1).

En dehors de tout manquement par la femme au devoir de cohabitation, il semble bien qu'au temps de Sanchez, le mari cesse de lui devoir la nourriture lorsque la dot, promise par un étranger, ou par le père de l'épouse, si du moins ce dernier est de mauvaise foi, n'a pas été payée. Il n'en serait pas de même si aucune promesse de dot n'avait été faite, à moins que, malgré sa fortune, l'épouse n'eût refusé de procéder elle-même à la constitution (2).

Est-ce à dire que, faute par la femme d'apporter une dot, le mari aurait la faculté de lui fermer les portes de sa demeure ? On l'a prétendu, sous prétexte que sans la compensation fournie par la dot, nul n'aurait la force de supporter la frivolité, le bavardage, *aliasque mulierum molestias*. Les partisans de cette singulière théorie oubliaient que, comme le *debitum conjugale*, l'obligation réciproque de cohabiter naît non du versement de la dot, mais bien de la loi

1. Sanchez, lib. IX, disp. IV, n° 19.

2. Sanchez, lib. IX, disp. V, n° 2, 3, 4, 5.

divine et naturelle du mariage. L'absence de dot ne supprime donc ni l'un ni l'autre de ces devoirs, et qui s'en prévaudrait pour ne pas *traducere* son épouse ou pour la chasser, violerait le précepte du Christ, que la répudiation n'est permise que pour adultère de la femme.

*
* *

De l'obligation de mener vie commune, la sanction principale s'inspire de saint Paul, mais commenté par des romanistes fanatiques. Qu'avait dit saint Paul (1) ? que *mulier sui corporis potestatem non habet, sed vir ; similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier. Quod si infidelis discedit, discedat ; non enim servituti subjectus est frater aut soror hujus modi*. Les canonistes, de cette énergique image empruntée à la langue du droit, déduisirent, au profit de chaque époux, un véritable droit réel. Pour le cas de désertion, ils admirent même que l'abandonné était armé de la revendication, et la formule en fut calquée sur celle du droit romain. Comme on revendique le fils *in potestate patris ex jure quiritium*, de même le mari revendiquera sa femme *causa juris canonici et divini*. Ainsi sera suffisamment indiquée cette parti-

1. Première épître aux Corinthiens, VII, 4.

cularité que la demande se fonde, non sur un *verum dominium*, mais sur la *potestas* spéciale au *jus* expressément désigné (1).

Cette revendication, le mari pourrait l'exercer même contre son père, si celui-ci venait à retenir indûment sa belle-fille (2). Tendait principalement à permettre l'exercice de la *mutua servitus*, elle appartiendrait aussi à la femme contre le mari déserteur. Quant au devoir conjugal, l'égalité absolue existe en effet entre les époux.

Chaque époux avait en outre à sa disposition une action possessoire, l'*actio spoliationis*. Pour obtenir la restitution de son conjoint par ce moyen, il devait établir, outre la possession de l'état d'époux, que le mariage avait été célébré *in facie ecclesiæ*, était exempt du vice de clandestinité. Il semble bien qu'il devait justifier également de la consommation du mariage, sauf à savoir si, à défaut de cette preuve, la restitution n'était pas accordée partiellement, mais non *quoad copulam* (3).

1. Sanchez, lib. IX, disp. IV, n° 9.

2. *Id.*, n° 10. C. XI. X, de *sponsal. et matrim.*, IV, I. Cette constitution d'Alexandre III, en date de 1170, supprima la célébration du culte en Angleterre, jusqu'à ce que le roi ait restitué leurs femmes à ses fils.

3. Voir Esmein, t. II, p. 14 à 17 et les autorités citées par lui, notamment : Panormit. sur C. XIV, X, de *rest. spol.*, II, 13,

En toute hypothèse, et avant toutes choses, ce que le juge doit ordonner, c'est la restitution de l'époux *divertens*. Elle sera pourtant différée si ce dernier accuse son conjoint de sévices commis à son égard, du moins jusqu'à prestation d'une *cautio securitatis*. Si même un mari poursuit sa femme d'une haine si vive qu'aucune caution ne puisse garantir l'avenir, il conviendra de la confier, jusqu'au prononcé de la sentence, à quelque honnête femme, chez qui elle sera en sûreté (1). Peut-être au surplus l'épouse maltraitée puiserait-elle dans la conduite du mari un juste motif de le chasser du domicile conjugal. D'ailleurs la simple appréhension de sévices prochains, surtout fondée sur l'entretien d'une concubine par le mari, autoriserait la femme à se retirer, jusqu'à ce qu'elle ait reçu des garanties d'être traitée humainement.

La cohabitation est la condition matériellement indispensable de la *copula carnis*. Aussi l'Eglise paraît-elle avoir parfois accordé son pardon au mari qui, abandonné, prenait une concubine. Certains pénitentiels, signalés par M. Esmein, admirent même l'époux délaissé par sa femme à contracter une nouvelle union, au bout d'un temps plus ou moins long, et avec l'autorisation de son évêque (2). Le rema-

1. Sanchez, lib. X, disp. XVIII.

2. Au bout de deux ans, d'après les *capitula Theodori*,

riage fut permis également, par le décret de Verberie (758 ou 768) (1), au mari qui, contraint par l'imminence d'un grave danger ou par l'ordre de son seigneur de changer de province, n'avait pu obtenir de sa femme qu'elle l'accompagnât (2).

Rien ne saurait mieux montrer que ces tempéraments à la règle fondamentale de l'indissolubilité du lien conjugal l'importance qu'attache l'Eglise au devoir des époux de cohabiter.

p. 159, ch. CLIX. — Après cinq ans ans, selon les *canones Gregorii*, ch. LXX. — Cf. Esmein, t. II, p. 62.

1. Esmein, t. II, p. 64-65.

2. C. IX, Boretius, p. 40.

CHAPITRE IV

LES COUTUMES ET LA JURISPRUDENCE DES PARLEMENTS

La conscience des conjoints se trouve au plus haut point intéressée dans les contestations relatives à la vie commune. Il est donc naturel qu'à l'origine elles aient été portées devant les évêques, qui essayèrent de les résoudre au moyen de peines spirituelles ou de censures ecclésiastiques, sauf à solliciter au besoin l'appui des autorités séculières. Il semble cependant qu'avec la connaissance des actions possessoires, le juge ecclésiastique ait perdu celle des actions en réintégration, où le droit canonique voyait la sanction d'une *species servitutis*. Sans doute, s'élaborait-il depuis longtemps le principe affirmé par l'abbé de Foy : « La paix des mariages regarde la police civile et est du ressort du juge royal » (1).

Au reste, comme le droit canonique a su conserver

1. *Traité des deux puissances*, p. 263. — Cf. un arrêt du Parlement de Toulouse du 24 mai 1677 : fut déclarée abusive une ordonnance épiscopale qui menaçait d'excommunication une femme déserteuse. (Albert, chap. XVI, au mot évêque, p. 187.)

et mettre en valeur l'élément naturel et essentiel du mariage, c'est encore lui qui forme la base de la jurisprudence séculière. Le droit romain fournit une ressource subsidiaire, et il n'est pas jusqu'aux œuvres littéraires de l'antiquité qui ne soient mises à contribution. Juges, avocats, commentateurs, en outre des textes de la genèse et des évangiles, invoquent couramment Homère, Euripide « en la tragédie d'Iphigénie », Virgile, et jusqu'aux divinités olympiennes ; ils s'égarent dans un labyrinthe de citations empruntées au Digeste ou aux poèmes profanes, et leurs discours abondamment fleuris ne seraient pas reniés par l'« Intimé » des « Plaideurs ».

Le droit canonique avait toujours exigé l'intervention des évêques pour valider les séparations intervenues entre époux. Les Parlements n'admirent pas davantage, du moins en principe, le *divortium bona gratia*. Il fut soutenu, à la vérité, par analogie du Digeste, que le fait de demeurer dans deux habitations séparées ne constituait pas une séparation de corps volontaire et prohibée. Mais la jurisprudence dominante semble n'avoir accepté de tels arrangements, qu'autant que les repas et le lit demeureraient communs (1).

Il arriva néanmoins aux Parlements, par égard

1. Voir arrêt du 12 mars 1674. *Journal des Audiences du Parlement de Paris*, t. III, l. I, ch. IV.

pour des personnes de haut rang, de rendre des décisions contraires ; Louet cite notamment un arrêt du 14 août 1621, lequel homologue une convention de séparation d'habitation entre Maximilien de Béthune, marquis de Rosny, et Françoise de Créquy ; un arrêt de la Grand'Chambre, du 4 juin 1644, valida la transaction passée devant notaire, le 27 octobre 1632, entre Catherine de Lumagne et Georges de Quenel, laquelle établissait entre eux séparation de biens et reconnaissait à ladite Lumagne la faculté de fixer sa demeure où bon lui semblerait, pourvu qu'elle s'engageât à recevoir les visites de son mari. Louet s'élève contre ces dérogations au principe que des liens conclus publiquement ne peuvent se dissoudre que publiquement et opine avec Dumoulin que les arrangements privés portant séparation amiable ne seraient même pas validés par le serment des parties (1). De nombreuses décisions consacrent sa doctrine ; d'Espeisses relate en effet que « le contrat de séparation fait entre les mariés se casse tous les jours à la requête d'un seul d'eux » (2) et il en donne pour exemple un jugement de Castres du 16 avril 1657. Dufail cite dans le même sens un arrêt du Parlement de Bretagne du 10 octobre 1562, qui ordonna à une femme de retourner à son mari, bien

1. Louet, édit., 1742, t. II, sommaire XVI.

2. D'Espeisses, t. I, 1^{re} partie, titre XIII, sect. III.

qu'elle en ait vécu séparée à l'amiable pendant sept ans (1). Boniface, dans son *Recueil des arrêts du Parlement de Provence*, expose qu'il fut défendu aux notaires, sous la menace de punitions corporelles, de recevoir des contrats portant séparation de corps, avant que les tribunaux n'aient ordonné ladite séparation (2).

Au mari, et c'est là une conséquence de la puissance maritale, appartient le choix du domicile conjugal.

La femme doit naturellement l'y suivre. Les parents ne sauraient apporter d'obstacles à la réunion des époux, car par le mariage, l'autorité paternelle se trouve transférée au mari :

Hi genero sua jura simul cum dote dederunt.

C'est l'argument, emprunté à Catulle, par lequel l'avocat du sieur de La Roche, président à la Cour des Aides de Montpellier, entend démontrer au Parlement de Toulouse la nécessité pour l'épouse du demandeur de le suivre « quelque part qu'il voudra aller ». L'arrêt du 15 janvier 1657 se conforma à ces conclusions.

1. Dufail, t. I, lib. 1, ch. CXLIV, p. 114. — Voir aussi, *loc. cit.*, p. 175, arrêt du 18 octobre 1566.

2. Boniface, t. I, p. 349 : arrêts du 11 juin 1596 et d'octobre 1649.

Cette décision est particulièrement significative. La femme alléguait en effet que le sieur de La Roche était déjà investi, lors de son mariage, d'une fonction l'obligeant à résidence. De bonne foi, prétendait-elle, elle pouvait compter qu'il n'établirait jamais son domicile en quelque autre lieu (1).

La femme étant astreinte à habiter là où le mari croit devoir établir sa résidence, on présume que le lieu où elle réside n'est autre que le domicile du mari, c'est-à-dire le domicile conjugal. D'où la maxime *maritus ubi uxor* qu'invoque notamment un arrêt de la Cour des Aides de Paris, du 12 août 1672 (2).

En vertu de cet adage, si un mari est retenu en province par ses fonctions, tandis que « sa femme de luy non séparée tient et gouverne son mesnage à Paris, il suffit adjourner l'homme en l'hostel où sa femme demeure ».

La femme serait cependant dispensée de suivre son mari, s'il était banni, mais seulement hors du royaume (3).

1. Albert. *Arrêts du Parlement de Toulouse*, au mot femme, p. 207.

2. *Journal du Palais*, t. I, p. 297.

L'adage *maritus ubi uxor* paraît provenir du *Grand Coutumier*, livre III, titre « des ajournements ». Il est cité par Eusèbe de Laurière sur les *Institutes coutumières* de Loysel, lib. V, tit. I, règle 2 (édit. Laboulaye et Dupin, 1846.)

3. Ferrière. *Femme mariée*, t. I, p. 696.

Même en dehors de tout bannissement, elle n'est pas tenue de l'accompagner à l'étranger. Pothier en donne pour raison qu'on ne saurait l'astreindre à manquer de fidélité à l'égard de son pays.

Si le mari maltraite sa femme, pourra-t-elle légitimement se retirer du domicile conjugal ? En principe, l'intervention des juges s'impose, comme l'indique curieusement d'Espeisses (1) :

La femme qui est maltraitée de son mari peut demander séparation de lit. Et tout ainsi qu'anciennement, les esclaves, pour être délivrés du mauvais traitement de leurs maîtres recourraient aux images et statues des princes, aussi les femmes qui, sous couleur du mauvais traitement de leur mari se veulent séparer d'eux, doivent, pour obtenir permission de ce faire, recourir aux juges, qui sont les vivantes images des princes, laquelle elles obtiennent après avoir prouvé ledit mauvais traitement, comme il a été jugé au Parlement de Paris, en janvier 1599 et en celui de Dijon, le 29 octobre 1608.

Comme dans le droit canonique pur, si la femme de sa propre autorité abandonne le mari dont elle a de justes motifs de se plaindre, la justice, avant d'instruire la cause, lui ordonnera de rejoindre le domicile conjugal. Ce n'est qu'au cas de sévices « atroces », alors que même une *cautio* fournie par le mari

1. T. I, 1^{re} partie, titre XIII, sec. III, p. 309.

laisserait des inquiétudes sur l'accueil réservé à la femme, qu'elle serait autorisée à se retirer provisoirement dans un couvent ou chez quelque honnête femme.

*
* *

Le mari doit entretenir sa femme. De Cormis en donne la raison suivante : le mari et la femme ne forment qu'une seule et même chair. Cette chair unique, il est impossible de ne la nourrir qu'à moitié, ce qui arriverait si le mari n'entretenait que lui-même. Il considère au surplus cet entretien comme la compensation « des œuvres et services de la femme » (1).

Ce que le mari doit fournir à la femme, c'est la nourriture, les vêtements, et aussi les soins médicaux. Un arrêt du Parlement de Bretagne, de mai 1666, a décidé spécialement qu'il devait soigner et nourrir l'épouse devenue folle, sans pouvoir exiger de ses beaux-parents une contribution à la dépense (2).

L'obligation du mari cesse si la femme s'est enfuie sans justes motifs. Si quelque raison valable existe,

1. *Recueil de consultations*, t. I, cent. V, chap. XL, col. 1192.

2. Denisart. *Aliments*. — Sauvageau. *Règlements de Bretagne*, ch. CXLII.

qui excuse son départ, elle n'en est pas moins tenue, sur l'ordre des juges, de rejoindre son mari, nous l'avons vu précédemment. Si elle résiste à cet ordre, elle perd son droit aux aliments (1). Elle le conserverait par contre dans l'hypothèse où un traitement véritablement barbare du mari aurait déterminé son éloignement, alors même qu'elle n'aurait pas régularisé sa situation par une demande en justice. Ainsi opine du moins Guy Pape : *Si vir verberet atrociter uxorem suam, licitum est uxori fugere et debet alimentari extra domum sumptibus ipsius viri* (2).

Les rapports entre l'obligation alimentaire du mari et la dot paraissent avoir été les mêmes dans la jurisprudence des parlements que dans le droit canonique, tel que l'expose Sanchez (3).

Si le mari est indigent, c'est à la femme qu'incombent les frais du ménage, tout au moins à partir du xvi^e siècle (4).

Si le mari, quoiqu'en ayant les moyens, néglige

1. Cf. Boniface. *Arrêts de Provence*, t. I, p. 354. — Arrêt du 21 décembre 1655. La Cour, dans cette espèce, mit. il est vrai, à la charge du mari, l'entretien d'une femme vivant séparée de lui, sans permission de justice, à la suite de mauvais traitements. Mais elle fait état de ce que l'ordre donné à la femme de réintégrer ne lui avait pas été signifié.

2. Guidonis Papæ. *Decisiones Grat. quæst.* 439, al. 6, p. 419.

3. Cf. d'Espeisses, t. I, 1^{re} partie, titre XIII, section III.

4. Argou. *Inst. au droit français*, liv. III, ch. XXI.

de la recevoir et de la traiter convenablement, l'épouse, nous dit Pothier, peut intenter contre lui une action en justice, pour le faire condamner à remplir ce devoir. Faute par lui d'exécuter volontairement la sentence, le juge rendra un exécutoire d'une somme d'argent qu'il déterminera lui-même. Ce refus de la part du mari de fournir à sa compagne les choses les plus nécessaires à la vie rentre d'ailleurs parmi les justes causes de séparation, mais celle-ci ne peut être prononcée qu'après une première sentence, sommant le mari de fournir à sa femme ce qu'elle demande, et restée sans effet.

L'obligation propre au mari d'entretenir la femme et les enfants, consacrée dès les débuts du moyen âge, apparaît comme la limite infranchissable apposée à ses pouvoirs presque absolus sur les meubles et les fruits des immeubles. La très ancienne Coutume de Bretagne, affirmant sa libre disposition des meubles, ajoute qu'il n'en bénéficie qu'en « faisant providence à sa femme, avenamment, durant le mariage entre eulx, jusques à tant que le mari maluse de ces choses » (1). Au dire de Beaumanoir, la femme peut exiger, même en justice, une « soutenance » lorsque son mari lui refuse les choses néces-

1. Ed. Planiol, ch. LXXXII, p. 132.

Cette disposition se retrouve presque identiquement dans l'article 411 de la Coutume de 1539 et dans l'article 424 de la rédaction de 1580.

saires à la vie (1). Quelques coutumes prévoient le cas où sans motifs le mari chasserait sa femme du domicile conjugal ; en pareille hypothèse, les coutumes de Haynault donnent à l'époux la faculté de s'adresser aux juges pour obtenir « sans attendre sentence en matière de divorce, ... provision d'aliments et d'autres nécessités » (2).

Jusque vers la fin du xiv^e siècle, les meubles constituaient seuls le gage des créanciers. Aucune raison ne s'opposait à ce que la femme, agissant dans la limite des opérations ménagères et des ressources de la communauté, obligeât, en qualité d'associée et de collaboratrice, aussi bien le mari qu'elle-même, et peut-être en fut-il ainsi, en pratique. Du moment au contraire où les immeubles répondent eux aussi de l'exécution des dettes, il répugne de lui conserver des pouvoirs qui pourraient compromettre, en outre des meubles communs, dont la destination normale est d'être consommés pour l'entretien des époux, ses propres et ceux du mari. Les jurisconsultes font

1. Ed. Beugnot, t. II, ch. LVII, n^{os} 4 et 5.

De même, de la Coutume de Toulouse, rubrique *de assignamentis uxorum*, semble résulter que les consuls peuvent citer les maris devant eux en vue de les obliger à fournir des aliments à leur femme. Au cas d'absence d'un mari, ils procéderaient eux-mêmes à cette assignation d'aliments.

2. Coutumes de Haynault. Rédact. de 1534, ch. XCVII.
— Chartes du pays et comté de Haynault, chap. CXXI, al. 15,

alors appel au principe romain que, moyennant une contribution forfaitaire de l'épouse, l'entretien de la famille incombe spécialement et personnellement au mari. Dès lors la ménagère, lorsqu'elle pourvoit par ses marchés à cet entretien, n'agit que comme *procuratrice* du mari, à moins qu'on n'admette — et on s'y refuse — qu'elle peut valablement s'obliger dans l'unique intérêt de celui-ci. L'origine de cette théorie du mandat tacite est souvent attribuée à Dumoulin. En réalité, plutôt qu'à l'idée d'une mission domestique conférée par le mari, il s'attache à l'idée qu'en contractant pour le ménage, l'épouse réalise le profit exclusif du mari; plutôt qu'il ne lui reconnaît un pouvoir de représentation, il applique à son activité quotidienne les principes de la *versio in rem*. En effet : *Videtur quod non teneatur tum quia ut uxor, tum quia erat debitum et onus viri, quia non recipit ad suum commodum et utilitatem, sed ad commodum viri qui ad hoc tenebatur, quia vir tenebatur de suo vestire secundum statum* (1). Et c'est encore par la raison que le devoir d'entretien pèse essentiellement sur le mari que Pothier et Renusson justifient la doctrine qui exonère la femme des contrats qu'elle passe pour sa propre nourriture et son propre habillement (2).

1. *Commentaires sur la Coutume de Paris*, tit. X, § 114, n° 3.

2. Pothier. *Communauté*, n° 574. — Renusson, *id.*, 2^e partie, ch. VI, n° 53.

*
* *

Après cet exposé de la vie conjugale selon notre ancien droit, il nous reste à examiner de quelles sanctions était susceptible l'obligation réciproque de cohabitation.

L'on admettait généralement qu'il était loisible au mari de corriger sa femme, si elle commettait quelque méfait ou lui refusait obéissance, et même de la battre, pourvu que ce fût, selon le mot de Beaumanoir, « sans mort et sans mehaing ». D'un droit de correction aussi étendu, il n'est peut-être pas téméraire de conclure au pouvoir du mari abandonné de se saisir lui-même de la fugitive et de la maintenir par force au domicile conjugal. Si d'autre part un ordre spécial du roi habilitait le mari à faire emprisonner sa femme, un ordre analogue devait lui assurer le concours des autorités et des gens de police pour la ramener auprès de lui. C'est ainsi que le roi donna ordre à ses gouverneurs des provinces d'empêcher la sortie du royaume d'Hortense Mancini, nièce du cardinal de Mazarin et épouse du duc de la Meilleraye, partie avec le chevalier de R... du domicile conjugal. La duchesse d'ailleurs n'en réussit pas moins à gagner l'Italie. En tout cas, le recours au roi ne fut sans doute permis qu'à quelques privilégiés.

Une certaine compétence appartient en cette

matière aux magistrats municipaux; nous voyons en effet un sieur Beresford, ecclésiastique anglais, adresser aux officiers municipaux de Lille, juges en première instance, requête de nommer deux commissaires, lesquels présideront à une conférence entre lui et la demoiselle Hamilton, sa femme, laquelle l'a quitté sous prétexte de rapt. Il fut assigné à cette dernière une maison pour faire ses couches et Beresford reçut la permission de la visiter. La sentence se bornait à édicter ces mesures provisoires et à mettre les époux sous la sauvegarde du roi et de la justice. C'est au Parlement de Douai que Beresford demanda que sa femme, à moins de justifier d'une instance en nullité déjà engagée en Angleterre, lui fût restituée, avec permission de s'en ressaisir par main forte au cas de nouvelle évasion (1).

Le plus souvent, c'est au lieutenant criminel que s'adressent les maris abandonnés pour obtenir contre la déserteuse ou ceux qui favorisent sa résistance (2) des décrets de prise de corps; mais les juges de l'ordre civil sont seuls compétents, si la femme, victime de mauvais traitements, demande la séparation de corps. A eux seuls, il appartient éga-

1. Ces détails sont empruntés à un mémoire d'Elie de Beaumont. *Annales du barreau ancien*.

2. Voir notamment *Journal du Palais*, t. I, p. 171, espèce soumise en 1672 à la tournelle criminelle de Paris.

lement de statuer sur la déchéance du douaire expressément prononcée par plusieurs coutumes contre la femme qui capricieusement quitte la maison commune.

Cette peine se trouve déjà dans la très ancienne Coutume de Bretagne, laquelle se place entre 1312 et 1325 :

Femme qui lesse son mari et s'en vait o un autre et n'est pas o son mari ou temps de la mort ; et ainssi si el le lesse, el ne fait pas son devoir de le garder, et ne le pout faire ou cas que son mari ne la refuserait, elle ne devroit pas estre endoairée. Et pousé qu'elle s'en fust alée par fornication, le mari n'est pas tenu de la raquiendre, si ce n'est de la volenté au mari. Et se il la racuilloit de sa volenté, elle devrait estre endoairée après le descens du mari, quelque fole qu'el fust paravant, pour tant qu'elle face son devoir de le garder et de le servir, comme dit est qu'elle doit faire après (1).

Ces dispositions sont reproduites dans la coutume de 1539 (n^{os} 433, 434, 435) et dans la rédaction de 1580 (art. 451, 452, 453).

De son côté, confirmant une disposition analogue du *Grand Coutumier* (ch. CI), l'article 376 de la Coutume de Normandie de 1583 porte que « femme n'a douaire sur les biens de son mari, si elle n'était avec lui lors de son décès ».

1. Ed. Planiol, n^o 33.

« Ce qui se doit entendre, ajoute l'article 377, quand elle a abandonné son mari sans cause raisonnable ou que le divorce est advenu par la faute de la femme: mais s'il advient par la faute du mari ou de tous deux, elle aura son douaire ».

La Coutume du Maine (art. 327), en une disposition reproduite par la Coutume d'Anjou, celle du Perche (*de Douaire*, IX), la Coutume Générale des trois bailliages de Lorraine (titre III n^os 13, 1) prononcent même déchéance. En Lorraine, le mari s'il chasse sa femme pour retenir une concubine, s'expose également à la perte du douaire que la coutume locale lui réserve.

Suivant Pothier, les dispositions de ces coutumes, en tant que fondées sur l'équité et le bon sens, doivent être considérées comme l'expression du droit commun et appliquées dans tous les ressorts (1).

Ce qui est puni, ce n'est pas le fait même de l'abandon, mais bien l'intention blessante qu'il révèle à l'égard de l'époux délaissé. La déchéance ne frappe donc pas la femme, remarque notamment Poullain du Parc sur la Coutume de Bretagne, qui explique son départ par un motif raisonnable et suffisant. Ainsi jugé, sur la Coutume d'Anjou, le

1. T. VI, n^o 257. (Réserve faite bien entendu de la déchéance infligée au mari par la Coutume de Lorraine).

7 juillet 1738, en faveur de la marquise de Linière, dont le séjour à Paris, loin de son mari, avait été rendu nécessaire par de puissants intérêts (1). Ne perd pas davantage son douaire la femme qui n'a déserté que pour se soustraire aux mauvais traitements du mari, fût-elle restée chez son père pendant dix-huit ans, jusqu'à la mort de son conjoint, comme dans l'espèce d'un jugement du 16 janvier 1742 (2).

Les absences, même répétées et de quelque durée, n'entraîneraient pas la perte du douaire, si elles s'imputaient aux nécessités d'une profession ou n'avaient lieu qu'avec la tolérance du mari. Cette conclusion du moins semble pouvoir être tirée d'un arrêt de Nancy, de janvier 1775 (3).

La déchéance du douaire frappait de plein droit la femme non excusée. « Celle, dit en effet Lamoignon, qui a quitté et abandonné son mari et n'était avec lui lors de son décès, demeure déchue de plein droit de son douaire, encore que le mari n'ait fait aucune plainte de son absence » (4). Pothier voudrait toute-

1. Denisart, au mot femme mariée.

2. *Id.*

3. Cité par Merlin, t. VII, p. 162 (art. : gains nuptiaux). Il s'agissait, à vrai dire, dans l'espèce, de la déchéance de l'augment de dot, que prétendaient faire prononcer les créanciers d'un défunt, contre sa veuve, danseuse réputée, que des tournées continuelles avaient longtemps tenue éloignée du domicile conjugal.

4. 47^e arrêté, ch. douaire, 4^e partie.

fois que la perte du douaire ne fût prononcée que si le mari avait inutilement sommé la femme de réintégrer. Pour lui, le mari qui ne fait de l'absence de son épouse aucune plainte judiciaire est censé tolérer cet éloignement (1).

Les causes qui justifiaient l'éloignement opéraient-elles de plein droit, ou devaient-elles faire l'objet d'une approbation par les tribunaux ? C'est à ce dernier avis que se rangeait Lamoignon, demandant que la femme eût « rendu plainte en justice » de la « cause raisonnable » par elle alléguée (2).

Les différentes coutumes et l'unanimité des juristes réservaient à la femme un moyen d'échapper à la déchéance : le retour au foyer et la réconciliation, avant le décès de l'abandonné ; mais elle n'obtenait cette sorte de réhabilitation que si l'époque de sa rentrée, sa conduite ultérieure, l'assistance par elle fournie manifestaient nettement qu'elle n'était pas revenue *in articulo mortis* et par simple calcul.

La perte du douaire, telle est la seule peine de nature pécuniaire, qu'on puisse affirmer admise par l'ancien droit, au cas du moins où la fuite de la femme ne se compliquait pas d'adultère ni de séparation judiciairement prononcée par sa faute. Mais des déchéances plus étendues furent proposées.

1. *Traité du douaire* (*Œuvres*, t. VI, p. 430, n° 257).

2. 47^e arrêté, déjà cité.

Par exemple, le duc de la Meilleraye demandait au Grand Conseil, devant qui son procès avec la duchesse avait été évoqué en raison de son rang, de déclarer « qu'attendu son injuste retraite et son opiniâtreté à demeurer hors de sa maison et hors du royaume, elle demeurerait déchue et privée de sa dot et de ses conventions ». A l'appui de la requête, l'avocat Claude Erard entreprit de démontrer que le droit romain avait établi cette déchéance et qu'elle se conciliait parfaitement avec l'esprit du droit français.

Les textes romains qu'il invoque, ce sont la loi 8 au Code *de repudiis*, la novelle 22, chapitre XV, § 2, qui en reproduit les dispositions, la novelle 117.

Il est exact que la loi 8 place parmi les causes qui légitiment le *repudium* du mari, le fait par la femme de passer la nuit dehors (1) ; exact aussi que la novelle 117 substitue à ce cas celui, plus général, où, malgré le mari, la femme demeure hors de la maison conjugale (2) ; dans ces deux hypothèses, le mari gagne la dot. La femme la perd aussi si elle divorce d'avec lui sans juste cause ; or, en l'espèce, se retrouvent toutes les conditions de cette déchéance : il est bien établi en effet que la duchesse de Mazarin a découché et qu'elle vit même hors du foyer depuis vingt-deux ans. Ce sont là faits qui, suivant la loi 8

1. L. 8, § 3 au Code V, XVII.

2. Ch. VIII, § 5.

et la nouvelle 117, donneraient au duc le droit de la répudier *sine periculo*, et il est également vrai qu'elle-même a, en fait, divorcé sans juste motif.

Mais une objection existe à l'application de ces dispositions en droit français. Les peines précitées correspondaient au véritable divorce, rupture complète du lien de mariage ; or notre ancien droit repoussait ce divorce. Il est impossible d'admettre que le mari, en cet état de législation, fasse sienne la dot, sans que soit réalisée la condition imposée par le droit romain à cette acquisition. Ce n'est pas parce que la loi n'ouvre plus au mari délaissé l'action en divorce qu'il doit bénéficier, par le seul fait de l'abandon, des avantages attachés par les nouvelles à l'action exercée. Sauf à voir si l'obtention de la séparation d'habitation ne produirait pas les mêmes effets que ce divorce aboli.

En réalité, le droit romain n'attachait donc pas la déchéance de la dot à l'abandon pris en soi. L'on invoquait d'ailleurs, et Claude Erard ne les omet pas, d'autres arguments, notamment les dispositions des coutumes normande et bretonne. Mais les déchéances sont de droit étroit. Or le douaire seul était visé par ces coutumes.

Un argument plus sérieux, c'était la disposition du *corpus juris canonici*, au chapitre *plerumque decretal*, de *donationibus inter virum et uxorem*, portant que la femme ne pouvait répéter sa dot, non seule-

ment lorsque était intervenu une séparation prononcée par l'Eglise en raison de son infidélité, mais encore lorsqu'elle avait quitté son mari de sa propre autorité (ch. IV, X, XX). Il ne paraît pas que les Parlements aient adopté cette façon de voir malgré l'autorité du droit canonique en pareille matière (1).

On se demande également si une femme qui a quitté son mari par caprice, sans même l'avoir assisté à sa mort, peut réclamer sa part dans la communauté ?

Non, répond Papon, sur l'article 233 de la Coutume de Bourbonnais. Le douaire, observe-t-il en effet, est un gain de survie, une libéralité ; s'il est perdu par l'épouse absente lors du décès de son mari, à plus forte raison doit-on prononcer contre la déserteuse la forclusion de son droit dans la communauté. Car la seule raison d'attribuer à la femme une part dans les biens de communauté est tirée de ce que son

1. Voir dans Merlin, questions, dot, § 5, les observations de cet auteur sur un arrêt du tribunal d'appel de Montpellier. Cet arrêt du 17 ventôse an X, avait contesté l'admission par notre ancienne jurisprudence des dispositions pénales portées par la novelle 117, du moins en ce qui concernait la désertion de la femme. L'arrêt de cassation du 2 ventôse an XI rejeta le pouvoir formé contre cet arrêt. Au surplus, ces arrêts observaient qu'à supposer admises en France les déchéances portées par la novelle 117, la loi du 20 septembre 1792 eût aboli cette jurisprudence.

labeur, sa présence au foyer conjugal ont contribué à leur acquisition ou tout au moins à leur conservation.

Son droit est la récompense de ses services et de sa collaboration assidue. Qu'elle en soit déchuë, quand elle a abandonné son mari et le gouvernement du ménage (1).

D'autre part, la communauté des biens n'est qu'une suite de la société des corps. Comme le dit René Choppin : *quæ corporeo vitæ consortio renuntiarit honestiori, ea multo magis accedentem huic fortunarum societatem creditur repudiasse*. De ce qu'elle a renoncé à la plus honnête société des corps, ne doit-on pas conclure qu'à plus forte raison la femme déserteuse a dédaigné la société des biens, qui n'en est que la dépendance. Du reste Choppin ne tire de l'abandon cette conséquence que si le mari a « fait plainte des mœurs de sa femme et a fait son pouvoir pour la faire retourner » (2).

Ces idées trouvèrent-elle crédit auprès des Parlements ? Il ne le semble pas. Poullain du Parc affirme, sur la Coutume de Bretagne, que la perte du douaire subie par la fugitive n'entraîne nullement sa déchéance de la communauté, non plus que si elle

1. Argument reproduit dans l'espèce relatée au *Journal du Palais*, t. I, p. 154.

2. *In cons. Andeg.* l. III, ch. II, t. II, n° 14.

renonce, la perte de son trousseau et de son deuil. Il corrobore son interprétation par la citation d'un arrêt du Parlement de Bretagne, du 17 août 1758.

Quant à un arrêt de la Grand'Chambre du Parlement de Paris, du 20 janvier 1672, il ne prouve nullement que l'ancienne jurisprudence ait attaché à l'abandon la déchéance du droit de la femme dans la communauté : les héritiers de Pierre Roy avaient fait déclarer, le 12 décembre 1668, par le Sénéchal de Bourbonnais, sa veuve déchue du droit de réclamer sa part dans la communauté, en ce qui concernait les acquisitions postérieures à sa désertion, survenue en 1646. Telle est la sentence que le Parlement confirma. L'arrêt de 1672 ne refuse donc à la femme que la participation aux gains réalisés depuis son éloignement. Il ne lui inflige pas une déchéance totale. Est-il sûr du moins que cette déchéance partielle découle directement du fait même de la désertion ? Nous ne le croyons pas. Les héritiers avaient en effet allégué devant le Parlement qu'antérieurement à la sentence attaquée, le mari avait prétendu faire dissoudre la communauté ; sur requête de la dame Roy aux fins de séparation de biens et d'habitation, sentence arbitrale était intervenue, qui avait ordonné l'allocation par lui à sa femme d'une pension de 300 livres et la remise de quelques meubles indispensables. Ainsi, en réalité, la femme avait demandé la séparation, l'avait exécutée pendant vingt-deux ou

vingt-trois ans. Il semble bien que ces arrangements aient été assimilés à une séparation en bonne et due forme, prononcée après enquête régulière, considération qui restreint singulièrement la portée de l'arrêt du Parlement. Au fonds, il s'est borné à déclarer qu'une femme judiciairement séparée de corps n'est pas admise, au décès de son mari, à demander le partage de la communauté telle qu'elle existait à ce décès, mais seulement telle qu'elle existait lors de la séparation (1).

Avant de terminer ce tableau de notre ancienne jurisprudence touchant la vie commune des époux, il n'est pas sans intérêt de signaler qu'héritière du droit canonique, elle se montre particulièrement soucieuse d'assurer, en même temps que la communauté matérielle d'existence, la paix et la dignité du ménage. Ce souci se traduit par de nombreuses décisions recommandant au mari de traiter sa femme humainement et avec affection, à la femme de faire honneur au mari, et ce ne sont pas là des injonctions sans sanction : les époux qui ne s'y conformeraient pas seraient passibles d'amendes, et la même peine atteindrait ceux, étrangers ou parents, qui nuiraient à leur bonne entente (2).

1. Voir l'exposé de l'affaire au *Journal du Palais*, t. I, p. 154. — Voir aussi Merlin, endroit précédemment cité.

2. Dufail, t. II, ch. CCLXXXVIII, p. 15. — Arrêt du 10 octobre 1667. — Cf. *Journal des Audiences*, t. VI, liv. I,

Les Parlements s'efforcent également de provoquer et de faciliter les réconciliations ; aussi avant de prononcer sur les demandes en séparation ont-ils l'habitude d'autoriser la femme à vivre pendant un certain temps éloignée du domicile conjugal, généralement dans un couvent, où le mari sera admis à la visiter (1). Ils procèdent de même quand les époux ayant tenté un *divortium bona gratia*, l'un d'eux se refuse à en continuer l'exécution : après l'achèvement seulement de la retraite ordonnée, la femme devra rejoindre le mari et celui-ci la recevoir (2). Ces périodes d'épreuve atténuent le ressentiment réciproque des parties. Elles sont employées aussi avec bonheur à l'occasion des demandes principales en adhésion : avant de faire droit sur la requête du duc de la Meilleraye, le Grand Conseil, par arrêt du 29 décembre 1689, « ordonne que la duchesse de Mazarin se retirera dans trois mois, dans le couvent des Filles de Sainte-Marie de Chaillot, pour, six mois après, retourner dans la maison du duc de Mazarin ».

Cette préoccupation de favoriser l'harmonie dans

ch. XLI, p. 171. — Arrêts des 18 et 25 septembre 1711, ce dernier enjoignant à une femme de porter honneur au mari, sous peine d'une aumône aux prisonniers.

1. Voir arrêt de la Chambre des enquêtes du 27 mars 1684, confirmant sentence du Châtelet du 3 juin 1683. (*Jour. des Audiences*, t. III.)

2. *Journal des Audiences*, t. IV. l. X. ch. X, p. 570.

le ménage se retrouve dans d'autres législations inspirées des préceptes canoniques. Peut être faut-il regretter qu'elle apparaisse moindre dans notre jurisprudence moderne.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN

PREMIÈRE SECTION

Le devoir de la vie commune

CHAPITRE PREMIER

NATURE ET ÉTENDUE DE L'OBLIGATION RÉCIPROQUE DES ÉPOUX DE COHABITER

§ 1. — *Généralités*

Sous une forme un peu succincte et équivoque, l'article 214 consacre en réalité l'obligation mutuelle des époux de vivre ensemble, conséquence naturelle du mariage, l'obligation de la femme de suivre le mari, effet de l'obéissance qu'elle lui doit, l'obligation propre au mari de la recevoir et de l'entretenir en son domicile, forme spéciale de son devoir de protection. La loi paraît mettre l'obligation de cohabiter à la

charge exclusive de la femme ; sa rédaction fut sans doute influencée par l'affirmation à l'article précédent du principe d'obéissance, sur lequel le premier consul avait insisté, non sans quelque malveillance vis-à-vis des femmes. Mais la nature même du mariage, comme les idées du droit canonique, suivi par notre ancienne jurisprudence, s'oppose à ce qu'on interprète l'article 214 autrement que comme la consécration légale du devoir primordial et réciproque des époux de mener vie commune. La prépondérance du mari dans la société conjugale s'exerce seulement, en notre matière, dans le choix du domicile conjugal.

Son droit d'imposer ce domicile à la femme entraîne la conséquence qu'exprime l'article 108, à savoir que « la femme mariée n'a pas d'autre domicile que celui de son mari ». C'est là, comme l'article 214, une disposition d'ordre public, non une simple présomption légale, susceptible d'être détruite par la volonté contraire de la femme. Ce domicile, elle l'acquiert de plein droit, et même malgré elle, par le mariage, sans que matériellement elle se soit encore transportée à son siège. Aussi le conserve-t-elle quel que soit le lieu où en fait elle réside ; même, si elle a abandonné son mari, c'est encore devant le tribunal de son propre domicile qu'il devra l'assigner aux fins de réintégration (1).

1. Alger, 6 juin 1870. S. 1871.2.45.

L'objet, ou l'un des objets, de l'article 214 est précisément d'astreindre la femme à établir sa résidence au lieu que le Code lui attribue pour domicile légal.

Nous avons vu que le droit canonique fondait principalement l'obligation des époux d'habiter ensemble sur la nécessité de la prestation du devoir conjugal. L'on serait tenté aujourd'hui de regarder l'obligation à la vie commune comme moins impérieuse, sous prétexte que le Code n'attribue pas la même importance au rapprochement sexuel. Il est vrai qu'il admet certaines unions où ce rapport est impossible ou improbable, qu'il repousse les nullités fondées sur l'impuissance ou le défaut de consommation. Est-ce à dire pourtant qu'il néglige absolument l'élément naturel ? Non certes, puisqu'il exige, du moins virtuellement, la différence des sexes, que l'âge compétent pour contracter mariage ne se confond pas avec celui de la capacité civile, qu'il est interdit aux proches parents de s'unir conjugalement. La place conservée dans notre institution du mariage par l'élément naturel suffirait donc à justifier la nécessité de la cohabitation ; mais cette cohabitation est en outre une condition indispensable à l'exécution des différents devoirs imposés par la loi aux époux. Conçoit-on la possibilité d'une habitation séparée, entre ceux qui se doivent mutuellement secours et assistance, ou, respectivement, obéissance et protec-

tion ? où, si les époux vivaient loin l'un de l'autre, les enfants trouveraient-ils, avec la bienfaisante autorité du père, les tendres soins maternels ?

Les époux ne pourraient stipuler dans leur contrat de mariage qu'ils vivraient chacun de son côté. Une telle convention tomberait sous le coup de l'article 6 du Code civil, comme indiscutablement contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

L'illégitimité de pareils pactes a été indirectement constatée le 18 juillet 1893 par la Cour de Paris (1). Une ancienne danseuse de l'Opéra avait épousé le marquis de C... à la condition qu'il reconnaîtrait l'enfant qu'elle avait eu d'une liaison antérieure. Par ce mariage, ledit enfant se trouverait légitimé et possesseur d'un nom honorable. Du consentement des époux, formellement exprimé dans le contrat, cette étrange union ne devait apporter aucun changement à leur genre de vie ni à leur habitation réciproque. La dame C... ayant demandé la séparation de corps et son mari ayant formé une demande reconventionnelle en divorce, la Cour les débouta l'un et l'autre, par le motif qu'ils ne pouvaient valablement invoquer leur réciproque infidélité, conséquence inévitable et prévue de leur scandaleux arrangement. Spécialement violerait l'article 1388, comme déro-

1. D.93. 2.471

geant aux effets de la puissance maritale sur la personne de la femme, le pacte par lequel celle-ci serait dispensée de suivre son mari. Il se peut que par clause insérée au contrat de mariage, elle stipule notamment que, pour raisons de santé, elle n'habitera pas les colonies ou l'étranger. Les tribunaux seront-ils fondés à prendre cette clause en considération si les circonstances de fait militent en faveur de la dispense réclamée par l'épouse ? pourront-ils se prévaloir de cette réserve conventionnelle pour l'autoriser plus facilement à ne pas accompagner son mari dans un séjour dangereux ou au delà des mers ? Rodière et Pont (1), Troplong (2) aussi l'ont prétendu et un arrêt de Bruxelles du 25 janvier 1907 a jugé que, si toute convention tendant à soustraire la femme à l'obligation de suivre son mari est nulle, il n'en reste pas moins que le fait par lui de transférer sa résidence en dehors des lieux désignés par elle, sans raison et simplement pour lui être désagréable, est susceptible de constituer une injure ou une offense (3).

Avec Guillouard (4), nous repoussons le tempérament qui serait sous cette forme apporté au devoir de la femme. Si, dans des cas exceptionnels, les

1. *Contrat de mariage*, t. I, n° 55.

2. *Contrat de mariage*, t. I, n° 58, p. 70.

3. *Loi*, 15 avril 1907.

4. *Contrat de mariage*, p. 107. — Cf. Marcadé, t. V, p. 422.

tribunaux ne doivent pas la forcer à participer aux déplacements du mari, leurs décisions ne peuvent du moins reposer que sur les faits de la cause et non sur l'existence de stipulations que l'article 1388 prive de tout effet propre et qui seraient tout au plus susceptibles de rendre vraisemblables les allégations produites par la femme devant les juges.

Pas plus que les stipulations insérées au contrat de mariage, ne sauraient valoir les conventions ultérieures des époux de vivre séparés. Nous retrouverons cette question lorsque nous exposerons l'influence des séparations de fait sur l'obligation alimentaire des époux.

Pour l'étude détaillée du devoir de cohabitation, sans oublier qu'il est commun aux deux époux, nous distinguerons l'obligation de la femme de demeurer avec son mari et de le suivre, et celle du mari de la recevoir, distinction dont la loi nous fournit l'exemple.

§ 2. — *Obligation de la femme de suivre son mari et de demeurer avec lui*

Le droit canonique, pour lui éviter les risques d'un long voyage, de même Pothier, par le motif qu'on doit plus à son pays qu'à son mari, avaient dispensé la femme d'accompagner ce dernier à l'étranger. Cette réserve se retrouve dans les textes préparatoires du Code. D'après le projet Jacqueminot,

(art. 56 du tit. I) « si le mari voulait quitter le sol continental ou colonial de la République, il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le gouvernement d'une mission à l'étranger exigeant résidence » (1). La commission instituée par les consuls maintint intégralement cette disposition (2). Pourtant, l'expression « le sol continental ou colonial » traduisait mal son opinion : elle aurait pu laisser croire que la femme était dispensée de suivre son mari de France aux colonies ou des colonies en France ; or, la commission avait voulu limiter la dispense au cas où le mari quittait soit la France continentale soit les colonies françaises pour se transporter hors du territoire de la République. Pour dissiper toute équivoque, sur l'observation du tribunal de Cassation (3) et du tribunal d'appel de Lyon (4), les deux mots malencontreux « colonial » et « continental » furent supprimés par la section de législation du Conseil d'Etat. Cette critique avait laissé intact le principe de la dispense pour la femme de suivre son mari à l'étranger. Il en fut de même

1. Projet présenté au nom de la commission qu'avaient nommée les Cinq-Cents à la suite du 18 brumaire an VIII (séance du 30 frimaire an VIII). — Cf. Fenet, p. 340, t. I.

2. Article 64, titre V, livre I. — Fenet, t. I.

3. Fenet, t. II, p. 468.

4. *Id.*, t. IV, p. 55.

d'une observation du tribunal d'appel de Paris, tendant au remplacement de l'expression un peu vague de « mission » par celle de « fonction publique ». On pouvait concevoir, remarquait ce tribunal, des « missions » d'un genre tel que la femme aurait de bonnes raisons pour ne pas accompagner son mari (1).

A la séance du Conseil d'Etat du 5 vendémiaire an X, comme Réal faisait allusion à la disparition des mots « colonial » et « continental », Regnaud dit qu' « un Français pouvait être appelé dans les colonies par ses affaires, qu'alors il devait lui être permis de forcer sa femme à le suivre ». Le premier consul intervint dans la discussion. Soit pour ne pas diminuer le droit à l'obéissance qu'il reconnaissait au mari, soit que l'influençât l'extension des relations de peuples à peuples, soit que l'opinion contraire lui parût entachée d'un nationalisme un peu exclusif, il soutint que l'obligation pour la femme de suivre son mari devait être générale et absolue. A l'observation d'Emmery, qu'il convenait d'excepter le cas où le mari se fixerait à l'étranger, Regnaud de Saint-Jean-d'Angély répliqua que « sans doute le mari n'avait pas le droit de faire de l'épouse une étrangère, mais qu'il ne devait pas être forcé de s'en séparer

1. *Id.*, t. V, p. 135.

lorsque ses affaires le conduisaient hors du territoire français » (1).

L'opinion de Bonaparte et de Regnaud prévalut et les circonstances de la vie moderne semblent la justifier pleinement. Lorsqu'un mari s'expatrie, il vise le plus souvent à rétablir sa fortune ou tente d'échapper aux dangers qui le menacent dans son pays. Admettre la femme à combattre de tels projets constituerait une grave atteinte à la solidarité matrimoniale et aux pouvoirs du chef de l'association conjugale, alors surtout que de l'expatriation ne découle pas nécessairement la perte de la nationalité.

Si la loi présente comme absolue l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari et de le suivre, des tempéraments peuvent et doivent être admis. Le droit moderne ne connaît pas de puissances établies dans le seul intérêt de leurs titulaires : à l'autorité maritale, correspond le devoir de protection formellement exprimé par la loi et dont l'obligation du mari de recevoir et d'entretenir sa femme constitue l'un des aspects. Dans ce devoir, la jurisprudence a trouvé le correctif de la prérogative du mari de fixer le domicile conjugal.

Notamment le mari ne saurait contraindre sa femme à l'accompagner à l'étranger, si une loi politique interdisait l'émigration ; il abuserait, en effet,

1. Locré, t. IV, p. 395, 396.

de sa puissance s'il l'obligeait à commettre un acte illicite où à s'en rendre complice (1). Il ne peut davantage lui imposer une existence nomade, à moins qu'elle n'ait connu avant le mariage le genre de vie de son fiancé et le caractère ambulant de sa profession ; il faudrait appliquer ici la plupart des distinctions justement établies par le droit canonique et l'ancienne jurisprudence, sans perdre de vue que le Code lui-même suppose que le mari « juge à propos de résider » (2).

D'autre part, le mari doit mettre à la disposition de sa femme, dans l'habitation par lui choisie, tous les meubles et ustensiles indispensables à la tenue d'un ménage. L'installation matérielle doit être en harmonie avec la fortune, l'éducation, le rang, les relations sociales des époux (3). C'est assez dire que la femme ne pourrait se soustraire à la cohabitation sous le prétexte que le mari ne lui offrirait pas le luxe rêvé par elle. Au cas même où la pauvreté du mari l'empêcherait de subvenir aux frais d'un loge-

1. Proudhon ajoute que « les intérêts du corps social doivent l'emporter sur ceux du mari ». (*Etat et capacité des personnes*, t. I, p. 453, 3^e édition.)

2. Huc, t. II, p. 255. — Baudry-Lacantinerie et Houques, Fourcade, t. II, p. 660. — Demolombe, t. IV, p. 116.

3. Paris, 19 avril 1817. S. 18. 2.63. — Cass., 16 juillet 1889. S. 90. 1. 115. — Demolombe, *loc. cit.*, Huc, t. II, p. 256. — Baudry-Lacantinerie et Houques, t. II, p. 661.

ment suffisant, cette dépense incomberait à l'épouse plus fortunée.

Le mari doit-il nécessairement posséder une habitation séparée ? L'affirmative prévalut dans les premières années du Code (1).

Spécialement il fut jugé que le mari ne pouvait contraindre sa femme à le rejoindre chez ses parents (2).

M. Vazeille s'est élevé contre cette jurisprudence, la loi n'ayant nulle part spécifié que le mari était tenu d'offrir à sa femme la direction d'un ménage (3). Dans ce silence du Code, on peut considérer, en effet, que l'épouse n'aurait aucune raison valable pour refuser de vivre au domicile de ses beaux-parents, alors du moins que la vie commune serait rendue indispensable par les nécessités d'une exploitation agricole ou industrielle ou par toute autre communauté d'intérêts (4).

1. Bruxelles, 11 mars 1807. *D. Rep. mariage*, n° 750. — Cass., rejet, 9 janvier 1826. *S.* 26. 1. 262. — Colmar, 14 janvier 1812. *S.* 12. 2. 442.

2. Liège, 20 janvier, 1841. *D. Rép.* au mot mariage, n° 750.

3. *T.* II, p. 25.

4. Amiens, 9 décembre 1902. *Rec. Amiens*, 1902, 257.

Dans le même sens, un jugement de Langres du 13 août 1884 (*Gaz. Pal.*, 84. 2. 329) n'admettait pas la femme à se plaindre d'une habitation commune avec ses beaux-parents, par le motif que ceux-ci habitaient un logement distinct,

La situation serait différente si les parents du mari manquaient d'égards vis-à-vis d'elle. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 20 novembre 1860 a notamment excusé une femme qui avait quitté le domicile conjugal commun avec ses beaux-parents, en raison des contrariétés qui en résultaient pour elle et des humiliations qu'elle avait à subir de ce chef (1).

Nous devons ajouter que quelques arrêts récents révèlent une tendance à accueillir les plaintes de la femme en dehors d'une véritable malveillance ou d'une véritable tyrannie de la part des beaux-parents, du moment qu'elle se trouve évincée de son rôle de maîtresse de maison (2).

Le mari doit assurer, en effet, à son épouse la dignité, et non seulement la sécurité, de sa vie. Pour la même raison, il ne pourrait la contraindre à entrer dans une maison où il exercerait une profession déshonnête, où il entretiendrait une concubine (3). La Cour de cassation elle-même a rejeté le

quoique sous le même toit que les époux. Cette particularité rendait en effet la cohabitation pour le moins tolérable.

1. S. 61. 1. 965. D. 61. 1. 305. Voir, pour le cas d'un manque d'égards bien caractérisé : Pau, 8 mai 1890. S. 91. 2. 3.

2. Douai, 26 mars 1901. D. 02. 2. 188. — Trib. civ. Corbeil, 15 mai 1907. *Gaz. trib.*, 3 oct.

3. Paris, 24 mars 1897. — S. 97. 2. 296. — Duranton, t. II, n° 437. — Baudry, t. II, p. 661. — *Contra* : Lesenne, *Revue critique*, t. XXX, p. 517.

pourvoi formé contre un arrêt du 29 février 1876, par lequel la Cour de Douai avait autorisé une femme à se retirer dans sa famille jusqu'à ce que le mari ait fait partir du domicile conjugal certaines personnes étrangères dont la présence, la situation dans le ménage, l'espèce d'autorité qu'il leur laissait sur son enfant et sur sa femme étaient de nature à blesser celle-ci dans sa dignité d'épouse légitime. Par cet arrêt du 2 janvier 1877, la Chambre des requêtes consacrait-elle une séparation de fait, prohibée par la loi ? non ; elle se bornait, selon la remarque de M. le Conseiller Onofrio, à dispenser la femme de son devoir de cohabiter tant que le mari n'en remplirait pas lui-même les obligations corrélatives. Il s'agissait, non d'une épouse rebelle, mais d'une épouse prête à se soumettre à la vie commune, dès que le mari aurait lui-même supprimé l'obstacle qu'il avait apporté à l'exécution par la femme de sa propre obligation. Le mari ne se trouvait obligé qu'à accomplir son devoir légal et non à vivre dans un état dont il pouvait sortir à son gré (1).

Fallait-il obliger la femme à demander la séparation de corps ? Il est vrai que l'inexistence d'un domicile matériellement et moralement convenable constitue souvent une injure grave. La femme peut

1. S. 77. 1. 257 (rapport Onofrio). *Sic* : Alger, 3 février 1879. S. 80. 2. 348.

invoquer ce grief comme motif de séparation judiciaire. Mais la loi lui reconnaît implicitement un autre droit : celui d'exiger que le mari la reçoive dans une demeure où elle soit assurée de trouver, non seulement ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, mais encore le respect et la situation dus à une vraie compagne. Appartient-il à la justice de lui refuser son appui pour l'exécution de la loi ? Un tel refus ne risquerait-il pas de la sacrifier aux calculs du mari, qui sans doute voulait précisément la réduire à cette cessation définitive de la vie commune qui résulte de la séparation judiciaire ?

S'inspirant de ces idées, Demolombe a concilié les droits de l'épouse avec le principe que les séparations de fait sont illégales dans la formule suivante : « Condamnons toujours la femme à retourner avec le mari, mais à charge pour lui de ne pouvoir exiger sa rentrée qu'autant qu'il aura fait cesser les obstacles qui légitiment la résistance de la femme » (1). La Cour de Douai et la Cour de Cassation n'ont pas décidé autre chose.

Mais Demolombe n'applique pas la même solution aux mauvais traitements. Ils peuvent bien, dit-il, fonder une demande en séparation, s'ils constituent des sévices suffisamment graves. Par contre, « faits passés, faits désormais accomplis » en vertu de leur

1. IV, n° 96, p. 116.

nature même, ils ne sauraient, comme des faits, actuels, des faits du moment même, justifier au profit de la femme la dispense temporaire, actuelle, du devoir de cohabiter (1). Il oublie que le seul fait qu'ont eu lieu ces événements antérieurs crée un état permanent, qui légitime les appréhensions de leur victime et rend présentement impossible la vie commune. La suspension provisoire de l'existence conjugale sera de nature à effacer des souvenirs pénibles et à éviter le renouvellement des dissensions dont se plaint la femme. Si elle renonce à profiter de tels griefs pour demander la séparation judiciaire, ne manifeste-t-elle pas par là-même son intention de pardonner à plus ou moins bref délai ? Les juges ont-ils le droit de l'acculer à ce dilemme : ou abdiquer ses sentiments généreux en faisant relâcher, à contre-cœur, le lien conjugal, ou accepter le rétablissement immédiat d'une cohabitation pour le moment dangereuse ?

Nos tribunaux doivent, selon nous, mettre ici à profit la sage pratique de leurs devanciers. La *cantio incolumitatis* est ignorée des mœurs contemporaines, mais rien ne les empêche du moins d'autoriser à une retraite provisoire et salutaire la femme désireuse d'échapper, sans demander la séparation de corps, aux outrages, aux injures, aux sévices du mari.

1. IV, n° 97, p. 117.

Qu'elle invoque simplement pour se tenir éloignée un défaut d'assistance matérielle, ou qu'elle se plaigne de violences physiques ou morales, les tribunaux ne pourraient, en résumé, refuser de la soustraire à une situation fâcheuse ou à l'obligation de réintégrer le domicile conjugal tant qu'elle n'aurait pas formulé une demande en divorce ou en séparation de corps. Une pareille sentence serait immorale, en tant qu'elle la forcerait indirectement à exercer l'une ou l'autre de ces actions (1). Pas plus que le divorce, la séparation de corps n'a été instituée autrement que comme un remède extrême, comme une faculté pour l'époux malheureux. La séparation judiciaire doit être d'autant moins imposée à ce dernier qu'elle risque de le conduire au divorce, par conversion et par application de cet article 310, dont la disposition, récemment aggravée, porte si indéniablement atteinte à la liberté de conscience.

*
* *

A défaut d'un manquement actuel ou antérieur du mari aux conditions dans lesquelles il doit recevoir sa femme, les tribunaux conserveraient-ils la faculté d'autoriser cette dernière à quitter temporel-

1. Bastia, 20 mai 1902, D. 1904. 2. 231. — Laurent, t. III, n° 87. — *Contra* : Lesenne. *Revue critique*, t. XXX, p. 514.

rement le domicile conjugal, si son intérêt particulier se trouvait en jeu, si principalement sa santé était compromise ? Il est certain d'abord qu'ils ne sauraient tenir compte de son imprécise allégation que tel climat ne lui convient pas ou que des épidémies règnent aux lieux choisis par le mari. Déjà Pothier jugeait que cette solution s'imposait si l'on ne voulait fournir à la femme un trop facile moyen d'esquiver la cohabitation (1). Maintenant cette tradition, nos tribunaux ont souvent repoussé les prétentions d'épouses qui refusaient de suivre leur mari en Algérie (2).

Il paraît par contre impossible de ne pas prendre en considération les demandes de femmes qui justifieraient du danger réel auquel les exposerait, en raison d'un état de santé déterminé, les inconvénients particuliers de certains séjours ou déplacements (3).

L'obéissance de la femme ne doit pas aller en effet jusqu'à mettre sa vie en péril. Citons en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 1818, validant une convention passée en présence du maire et du juge de paix, par laquelle un mari

1. T. VI, p. 175, n° 383.

2. Notamment Alger, 3 février 1879. S. 80. 2. 318.

3. Demolombe, t. IV, n° 93.

consentait à la retraite de sa femme malade (1). La Cour entendait ainsi, non consacrer une convention de séparation de fait, mais simplement tirer une conséquence du devoir de protection et d'assistance. Se réclamait du même principe un jugement du tribunal de Senlis du 9 octobre 1835, dispensant une femme de cohabiter dans une maison où son beau-père avait attenté à sa vie (2).

Sur ces délicates questions, la jurisprudence n'est pourtant pas unanime, comme le montre l'espèce suivante : Une dame G..., habitant avec son mari l'arrondissement de Libourne, souffrait de névrose cardiaque. Son état s'aggrava, par suite des obsédantes sollicitations pécuniaires d'un époux voisin de la déconfiture. Le médecin déclara que si elle restait auprès de son mari, « son existence était suspendue à un fil ».

En conséquence, le tribunal de Libourne, par jugement du 6 août 1880, lui permit de vivre seule à Bagnères ou dans toute autre station qu'indiquerait le médecin ; il lui ordonnait d'ailleurs d'ores et déjà de rejoindre le mari après guérison.

1. La Cour fait ressortir qu'il ne s'agit en l'espèce « ni de séparation de corps ou de biens, ni d'aucune autre atteinte aux droits du mari, mais seulement de mesures temporaires, sanitaires, impérieusement commandées ». (D. *Rép.* Mariage, n° 754.)

2. D. 36. 3. 15.

A vrai dire, cette décision allait plus loin que celle que nous avons rapportée ci-dessus ; la femme ne sollicitait pas seulement l'autorisation de ne pas cohabiter dans un endroit déterminé ; elle demandait directement qu'il lui fût permis d'échapper à la société de son mari. Le jugement de Libourne n'en était pas moins très solidement motivé par la nécessité de limiter le droit du mari à l'obéissance de sa femme par son devoir de lui venir en aide dans une circonstance douloureuse.

La décision du tribunal de Libourne fut infirmée par arrêt de Bordeaux du 3 janvier 1882 (1). La Cour prétendit que les tribunaux avaient seulement le droit d'apprécier si le logement fourni par le mari répondait à la condition sociale de la femme et garantissait sa sécurité. Il leur était interdit de limiter ou de suspendre l'obligation de cohabiter en s'inspirant de considérations qui ne relèvent que du domaine de la conscience.

Pour ce motif, la Cour donna acte au mari de ce qu'il était prêt à habiter Bagnères et, sous cette réserve, condamna la femme à reprendre la vie commune.

Pour avoir oublié le tempérament qu'apporte à l'autorité du mari son devoir d'assistance, la Cour réduisait l'épouse à la séparation de corps et méconnaissait doublement l'esprit de la loi.

1. S. 82. 2. 126.

En dehors de ces hypothèses, où la suspension temporaire de la cohabitation est commandée soit par quelque faute du mari, soit par la protection due à l'épouse, il ne semble pas que la femme puisse être dispensée de suivre son mari. Ainsi un arrêt de Bruxelles du 13 août 1806, un arrêt de Turin du 28 mai 1806, déclarent que le mari, encore que failli et contraignable par corps, peut exiger son retour (1). Il est vrai qu'un arrêt de Colmar du 14 janvier 1812 a jugé en sens contraire, mais sa décision est basée sur ces considérations de fait, d'ailleurs discutables, qu'en l'espèce le mari, incapable de fournir à sa femme les objets les plus indispensables, ne la rappelait auprès de lui que par calcul.

La séparation de biens ne modifie pas davantage l'obligation de la femme d'habiter avec son mari (2). Les tribunaux ne pourraient même pas, pendant l'instance engagée aux fins de séparation de biens, lui assigner, sur ce seul fondement, une résidence provisoire (3).

Des doutes pourraient s'élever, pour le cas où le mari aurait été frappé d'interdiction : la femme ne serait-elle pas, de ce fait, dispensée de le suivre ?

1. S. 1807. 2. 28.

2. Motifs de Douai, 2 juin 1852. S. 53. 2. 215. — Colmar, 12 juillet 1806. — Devilleneuve, vol. an XIII à 1808.

3. Rennes, 23 juillet 1812. — Devilleneuve, vol. 1812 à 1814.

Un sieur Turin, Sarde d'origine, était venu se fixer à Marseille, où il épousa une Française. Interdit, il fut placé sous la tutelle de son père, resté en Sardaigne. Celui-ci ayant voulu le reprendre auprès de lui, la dame Turin refusa de suivre son mari, sous prétexte que ce dernier était seul fondé à l'y contraindre. La Cour d'Aix, le 5 mars 1842, admit cette prétention (1). Solution contestable, l'interdiction ne relâchant pas les liens du mariage et l'état spécial du mari devant rendre plus étroit le devoir d'assistance de la femme. D'autre part le tuteur d'un interdit peut demander en son nom, avec l'autorisation du conseil de famille, la séparation de corps. Pourquoi ne pourrait-il pas intenter l'action en adhésion, simple action en exécution d'une obligation normale du mariage ?

Enfin, la jurisprudence, s'en tenant à une interprétation servile des textes, ne voit pas dans le refus du mari de faire consacrer à l'Eglise l'union prononcée par l'officier de l'état civil, un juste motif pour la femme de se soustraire à la cohabitation (2).

Elle la dispense de rejoindre son mari dans un appartement qui ne serait pas décent et convenable,

1. D. 43. 2. 116.

2. Aix, 23 mars 1840. (*J. du Pal.*, 41. 1, p. 108.) — Montpellier, 4 mai 1847. S. 47. 2. 418.

et elle la force de se prêter à un genre de vie qui, à la femme imbue de sentiments religieux, apparaît sans doute comme un honteux concubinage. Il est inconcevable que la justice permette au mari, alors que la loi l'oblige formellement à protéger l'épouse, d'attenter aussi gravement à sa foi et à sa conscience.

§ 3. — *Obligation du mari de recevoir sa femme*

Ayant ainsi délimité l'obligation de la femme d'habiter avec son mari et de le suivre, nous devons maintenant préciser en quoi consiste l'obligation du mari de la recevoir.

Un exposé rapide de la célèbre affaire *Naylies* nous fixera à cet égard. L'avocat *Naylies*, après avoir en vain sollicité l'interdiction de sa femme pour « fureur », avait obtenu d'un jugement du tribunal de la Seine, du 7 juin 1823, la séparation de corps.

Infirmant cette décision, la Cour, le 17 août 1824, le condamna à recevoir sa femme, dans les trois mois, et à la traiter maritalement. Un nouvel arrêt, du 7 décembre 1824, ordonna l'exécution du premier, au besoin par la force. *Naylies*, cette fois, permit à sa femme l'entrée du domicile conjugal.

Mais il la logea dans une chambre pauvrement meublée, soigneusement séparée de son appartement personnel. Pour éviter tous rapports avec elle,

il lui fit apporter ses repas du dehors et ne lui donna d'argent qu'au fur et à mesure de ses besoins, par l'entremise de la femme de ménage qui la servait.

Désireuse de mettre fin à cette situation humiliante, la dame Naylies demanda à la Cour d'appel d'ordonner que, conformément aux arrêts précédemment intervenus, son mari serait tenu de l'admettre dans l'appartement commun et à sa table, de lui accorder les services de son personnel domestique.

Se retranchant derrière la prétendue démente de sa femme, Naylies se déroba encore à ces légitimes exigences. Pour montrer ce qu'il appelait sa bonne volonté, il offrit toutefois d'agrandir l'habitation réservée à la dame Naylies, proposant même de lui abandonner l'appartement qu'il occupait et de prendre celui où il l'avait confinée. La promesse de lui assurer en outre 200 francs par mois et les services d'une domestique spéciale ne décida pas la dame Naylies à accepter cet arrangement.

Ces successives déclarations de Naylies et ces successifs refus de sa femme avaient suivi un arrêt interlocutoire rendu par la Cour d'appel le 8 août 1826. L'arrêt définitif intervint le 17 novembre 1826. Sans indiquer aucun motif, il se borna à donner acte à Naylies de ses offres, sur le mérite desquelles il mit les parties hors de cour. La dame Naylies se pourvut pour violation des articles 213 et 214 et obtint la cassation dudit arrêt, comme étant con-

traire à la loi et en opposition avec celui du 17 août 1824 (1). (Chambre civile, 20 janvier 1830.)

La décision de la Cour suprême ne pouvait être autre, si l'on songe surtout que Naylies n'avait jamais cessé de manifester sa ferme volonté de ne pas recommencer l'existence conjugale.

Il est vrai que, textuellement, le Code n'oblige le mari qu'à recevoir sa femme et à l'entretenir des objets nécessaires à la vie, sans entrer dans les détails d'organisation intérieure du ménage. Mais les expressions qu'il emploie laissent assez entendre que si la femme a droit à l'hospitalité du mari, ce n'est pas comme une locataire ni comme une pensionnaire. Il doit la traiter en compagne, selon les lois naturelles et religieuses du mariage, que ne répudia nullement Portalis au cours des travaux préparatoires (2). Comme on le disait devant les juges en faveur de la dame Naylies, l'épouse a le droit d'habiter, non pas près de son mari, mais avec lui, non seulement sous le même toit, mais dans la même demeure ; elle doit être admise à partager sa vie, ses repas, ses loisirs, être traitée en maîtresse de maison. Ainsi le com-

1. S. 30.1.99.

2. Cf. Discours préliminaire sur le projet de la commission du gouvernement. « Nous nous sommes convaincus que le mariage n'est ni un acte civil ni un acte religieux, mais un acte naturel, qui a fixé l'attention des législateurs et que la religion a sanctifié. » (Fenet, t. I, p. 483.)

mande l'association intime des corps et des âmes, la fusion de deux existences, qui constitue le mariage.

*
* *

Tant du devoir marital de protection que de la disposition finale de l'article 214, nous avons déduit que, sans demander la séparation de corps, la femme pouvait bénéficier de certains tempéraments à son devoir de cohabiter. L'obligation du mari de la recevoir souffre-t-elle des réserves analogues ? Notamment, lorsqu'une épouse, après s'être longtemps tenue éloignée, sans justes motifs, du domicile conjugal, manifeste la volonté d'y rentrer, peut-il, sans demander la séparation de corps ni le divorce, s'opposer à cette réintégration ?

La Cour de Metz, le 5 avril 1865, sur appel d'un jugement contraire du tribunal de cette ville en date du 6 janvier, lui dénia cette faculté. Dans l'espèce en effet, une femme qui, après une vie aventureuse, s'était heurtée au refus du mari de la recevoir, obtint la séparation de corps. « Les conséquences légales de l'attitude du mari, disait l'arrêt, ne peuvent être infirmées par la circonstance que pendant près de trente ans les époux auraient vécu constamment éloignés l'un de l'autre ; les droits et devoirs qui naissent du mariage étant inaliénables et ne pouvant être modifiés par des conventions particulières, la

dame S... n'a pas perdu le droit de rentrer dans le domicile conjugal et le sieur S... ne peut être affranchi de l'obligation de l'y recevoir. Il importe peu que la demanderesse ait eu envers son mari d'anciens torts ; en effet le défendeur ne s'en étant pas prévalu pour demander la séparation de corps et ne concluant pas aujourd'hui reconventionnellement contre sa femme, il y a lieu d'appliquer à son égard les règles du droit commun, comme si les faits dont il s'agit n'avaient pas existé. » (1) Dans un sens analogue avait prononcé un arrêt d'Angers du 8 avril 1829 (2).

Cette jurisprudence fut démentie par le tribunal de la Seine et la Cour de Paris. Une dame X..., après vingt-quatre ans d'un éloignement injustifié et le rejet de deux demandes en séparation de corps, s'avisade sommer son mari de la recevoir. Sur son refus, elle l'assigna une troisième fois en séparation, sur le fondement que ce refus constituait une injure grave. Subsidiairement, elle sollicita sa réintégration, au besoin *manu militari*. Une fois de plus elle fut déboutée. Le tribunal de la Seine, la Cour de Paris, celle-ci le 31 mars 1873 (3), déclarèrent que sa conduite antérieure enlevait au refus du mari tout caractère injurieux et qu'il n'y avait pas lieu

1. S. 65. 2. 294.

2. *Journal des Aud.*, 1829. 2. 115.

3. S. 74. 2. 1 (note Renault).

d'avantage de faire droit à une demande en réintégration, que le passé de la dame X .. ne permettait pas de juger sérieuse. Si intéressante que parût la situation du mari, l'arrêt du 31 mars 1873 fut vivement critiqué par M. Louis Renault.

Si le mari, articulant que la conduite de sa femme la rendait irrecevable à demander la séparation à son profit, eût reconventionnellement demandé la séparation aux torts de la déserteuse, nul ne se fût insurgé contre la décision qui lui eût donné gain de cause. Dans l'espèce, sa prétention fut autre : il s'opposa à la fois au relâchement légal du lien de mariage et à la reprise réelle de la vie commune. Le tort de la Cour, ce fut de ne pas le condamner à recevoir la femme, condamnation qui devait nécessairement découler du maintien intégral de l'union. Pour notre part, nous eussions admis que la Cour déboutât la femme en tant qu'elle demandait la séparation contre le mari, lequel ne devait pas porter la peine de la violation par elle des devoirs du mariage ; nous l'eussions admis, pourvu que la Cour accordât à la femme sa réintégration. Ainsi eût été évité ce résultat tout à fait inadmissible : « le mari scindant sa situation et lui faisant produire des effets contradictoires ».

M. Renault va plus loin. Pour lui, la Cour, en l'absence de toute demande reconventionnelle du mari, eût dû prononcer la séparation à ses torts.

Mais où est, dira-t-on, l'injure commise par le mari ? Dans son refus, répond M. Renault, opposé en pleine connaissance de cause, de remplir une obligation imposée par la loi. Que dans l'espèce ce refus s'expliquât par l'attitude de la femme, il ne le conteste pas. Mais il ne reconnaît au mari qu'un moyen de démontrer la légitimité de son mépris : demander lui-même la séparation.

L'arrêt de Paris fut cassé par la Cour suprême le 27 janvier 1874, sur le fondement que le mari qui n'invoque pour se soustraire à l'obligation de recevoir sa femme que la conduite antérieure de celle-ci, ne peut employer à cet effet que le procédé de la séparation judiciaire (1). La Cour de cassation n'admet donc pas, entre l'état de séparation judiciaire et l'application pure et simple de l'article 214, l'existence d'une situation intermédiaire, d'une sorte de séparation non consacrée par la justice, échappant aux formes légales, exclusive des garanties que trouvent les époux dans la séparation organisée par la loi et prononcée par les tribunaux (2).

Il est assez difficile de démêler si la jurisprudence est rigoureusement fidèle au système adopté par la Cour suprême en 1874. Le plus souvent en effet, les

1. S. 74. I. 215.

2. En ce sens, Rouen, 5 février 1898. *Rec. Rouen*, 1898, p. 162.

procès de ce genre se présentent différemment : le mari, actionné en séparation et subsidiairement en réintégration par une épouse fugitive, après un éloignement persistant de celle-ci, répond par une demande reconventionnelle en séparation. Cette particularité, de nature à éviter l'état intermédiaire et contradictoire prohibé par la Cour de cassation, se rencontre notamment dans l'espèce soumise à la Cour de Paris en 1875. L'arrêt intervenu dans cette affaire, le 9 avril, n'en paraît pas moins un retour à la jurisprudence antérieure de cette Cour, du moins à première vue ; il dénie en effet le caractère d'injure grave au refus d'un mari de déférer à la sommation de la recevoir que lui adresse sa femme au bout de trente ans d'éloignement ; la Cour se refuse à voir autre chose, dans cette prétendue volonté de réintégrer, qu'une manœuvre destinée à motiver la séparation (1).

La Cour de cassation a elle-même reconnu implicitement, le 20 novembre 1893, qu'un refus opposé par le mari dans ces conditions ne constitue pas une injure grave, mais elle n'en paraît pas moins maintenir, conformément à son arrêt de 1874, la nécessité d'une demande en séparation ou en divorce, si le mari, même après une longue et blâmable retraite de

1. S. 75. 2. 133.

sa femme, veut s'affranchir de l'obligation de la recevoir (1).

L'arrêt du 20 novembre 1893 présente en ces termes la conciliation de ces deux opinions :

Ne met pas en question l'obligation pour le mari de recevoir sa femme le juge qui, ayant à décider si le mari en refusant à sa femme l'entrée du domicile conjugal a commis à son encontre une injure grave de nature à faire prononcer à ses torts la séparation de corps, apprécie qu'il n'en est pas ainsi parce que l'inconduite de la femme a été la cause de son refus de la recevoir et qui prononce en même temps le divorce au profit du mari. Une pareille décision qui ne porte que sur la gravité du fait imputé au mari ne viole en aucune façon l'autorité de la chose jugée par une décision précédente qui avait en rejetant une première demande en divorce du mari maintenu pour les époux l'obligation de la vie commune (2).

Quoi qu'il en soit, la solution admise par la Cour suprême le 27 janvier 1874 est conforme à l'interprétation littérale de la loi et à la doctrine de Laurent.

1. S. 94. 1. 88.

2. L'arrêt d'Alger du 25 avril 1893 sur lequel portait le pourvoi avait décidé que le refus persistant du mari de recevoir sa femme ne constituait pas une injure grave s'il se fondait sur la mauvaise conduite de la femme, conduite qu'il invoquait pour opposer à la demande en séparation de celle-ci une demande reconventionnelle en divorce. (S. 93. 2. 184.)

Du moment, dit cet auteur, que la femme veut rétablir la vie commune, il n'y a pas pour le mari de moyen juridique de s'y opposer, sauf le moyen extrême du divorce ou de la séparation de corps. Il y a sous ce rapport une différence entre le devoir de cohabitation de la femme et le devoir de cohabitation du mari. Le premier est subordonné à un devoir corrélatif du mari : celui de recevoir sa femme ; le second n'a point de corrélatif ; il est donc absolu et ne peut cesser que par la rupture légale de la vie commune (1).

Nous aurons à revenir sur quelques-unes des idées que nous venons d'exposer lorsque nous traiterons du divorce et de la séparation de corps considérés comme sanctions du devoir de cohabitation, matière sur laquelle la complexité de la question nous a obligés d'anticiper.

1. T. III, n° 88.

CHAPITRE II

LES SANCTIONS DE L'OBLIGATION RÉCIPROQUE DE COHABITER

§ 1. — *Considérations générales*

Sous le bénéfice des observations précédentes, la vie commune est, pour chacun des époux, un droit et un devoir. Par quels moyens chacun est-il admis à faire valoir ce droit et peut-il être contraint à remplir ce devoir ?

La loi est muette à cet égard. Le projet de la commission du gouvernement annonçait que serait déterminée au titre du divorce l'action de chacun des époux relativement à leurs devoirs réciproques (1). Le titre du divorce n'exprima en réalité que la mise de l'abandonnement au nombre des causes de divorce (2). Nous verrons ultérieurement ce qu'il advint de cette dernière proposition. Disons dès

1. Art. 64, tit. V, liv. I. — Fenet, t. II, p. 49.

2. Art. 3, tit. VI, liv. I.

maintenant que la mention relative à l'organisation par le titre du divorce d'une sanction aux obligations mutuelles qui naissent du mariage, fut retranchée à la suite de la discussion devant le Conseil d'Etat⁽¹⁾.

Locré résume ainsi le débat :

Le conseiller Réal demande comment on forcera la femme à suivre son mari, lorsqu'elle ne voudra pas y consentir. M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angély) répond que le mari lui fera une sommation de le suivre ainsi que l'usage l'a consacré; et que si elle persiste à s'y refuser, elle sera réputée l'avoir abandonné. M. Réal observe qu'il faudra cependant un jugement.

Il demande comment on parviendra à l'exécuter. Le premier consul dit que le mari cessera de donner des aliments à sa femme. M. Tronchet fait observer que cette discussion est une anticipation sur la matière du divorce. Les tribunaux ont remarqué que l'abandon appliqué au divorce serait le rétablissement de la cause d'incompatibilité d'humeur. Le conseiller Boulay dit que ces difficultés doivent être abandonnées aux

1. Il était ainsi tenu compte de la remarque faite par le tribunal de cassation, que le titre du divorce ne tenait nullement la promesse contenue dans le deuxième alinéa de l'article 64 du titre V, liv. I. (Fenet, t. II, p. 468.)

mœurs et aux circonstances. La seconde partie de l'article est retranchée (1).

C'est autour de cette discussion hésitante, laquelle même s'engagea plus spécialement au sujet de l'obligation de la femme de suivre son mari à l'étranger, que gravitent les deux systèmes généraux qui se partagent la doctrine et la jurisprudence.

Du silence de la loi et de la remarque de Boulay, certains auteurs, notamment Demolombe, concluent au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Soucieux avant tout d'éviter que par le caprice des époux la loi ne devienne lettre morte, ils reconnaissent aux juges plein pouvoir dans le choix des moyens propres à assurer la cohabitation. De ces moyens, l'efficacité fait la légitimité, pourvu qu'ils ne soient pas spécialement prohibés par une disposition législative ou contraires à l'ordre public (2).

Dans le même sens un arrêt d'Aix du 23 mars 1840 (3) et un arrêt de la Cour suprême du 26 juin 1878 (4), rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de Paris du 2 mars 1877, posent en principe que pour ramener la femme au domicile conjugal les

1. Locré, t. IV, p. 396.

2. Demolombe, t. IV, n° 100, p. 120. — Valette sur Proudhon. *Etat des personnes*, t. I, p. 453.

3. S. 40. 2. 474. *J. du. Pal.*, 1841, I, p. 108.

4. Cas. req. S. 79. I. 176.

magistrats ont la faculté de recourir aux modes de contrainte qui leur paraissent les plus efficaces ou les mieux appropriés à la situation. Une seule limite s'impose à leur indépendance : le respect des mœurs.

Ce prétendu pouvoir discrétionnaire des tribunaux est énergiquement contesté par Laurent. Le Code de procédure, dit-il, trace les voies à suivre pour l'exécution forcée des obligations légales ou conventionnelles. Le juge n'en peut prescrire d'autres car elles sont de droit public. Rien de ce qui est de droit public n'est abandonné à l'arbitraire des tribunaux. Quant à la parole de Boulay, elle n'est que l'expression d'un sentiment individuel. Il dit, au reste, le contraire de ce qu'on lui fait dire. Si vraiment il s'agit d'une question de mœurs, les tribunaux n'ont pas à intervenir (1).

Il nous semble qu'en effet les pouvoirs des magistrats ne sont pas illimités. Certes, les juges doivent assurer l'exécution du devoir de cohabitation, élément naturel du mariage, expressément consacré par la loi ; mais la vraie question, c'est précisément — et Boulay paraît l'avoir entrevue — de déterminer quelles règles leur impose, dans l'exercice de leur mission, la nature spéciale des rapports personnels entre époux. Tel est le critérium que nous devons

1. T. III, n° 89.

appliquer pour apprécier chacune des sanctions proposées au devoir de cohabitation.

§ 2. — *Contre la femme. — L'appel à la force publique*

Nous avons constaté dans notre ancienne France l'usage courant et indiscuté des décrets de prise de corps, permettant au mari abandonné de reprendre la fugitive, de force au besoin, partout où il la trouverait. De nos jours, ce moyen direct de contrainte est encore considéré comme légitime par nombre d'auteurs et les tribunaux l'ont fréquemment autorisé.

Peut-être convient-il de rappeler que Kant avait déjà envisagé comme possible cette exécution forcée du devoir de cohabitation, par une conséquence logique de sa conception du mariage et de la famille.

En outre des droits personnels et des droits réels, il reconnaît, en effet, une catégorie intermédiaire, laquelle comprend les droits dont l'objet est la possession d'une personne. Leur bénéficiaire peut faire servir cette personne à ses fins, comme il userait d'une chose. Toutefois, il doit en user de manière à ne pas atteindre l'individu dans sa personnalité. C'est sur ce fondement que sont établies les relations conjugales. Les époux mettent en commun d'une façon définitive, pour le temps entier de leur vie, l'usage

et la possession de leurs facultés sexuelles. Leurs personnalités n'en restent pas moins intactes. Si chaque époux abandonne entièrement sa personnalité à son conjoint, cette perte en effet se trouve exactement compensée par l'abandon également intégral que l'autre lui consent de sa propre personnalité. Pour que la dignité de chacun soit sauvegardée, cet abandon mutuel doit être constant. Si l'un des conjoints tente de soustraire sa personne à l'autre, celui-ci pourra donc la reprendre par la force (1).

Il est curieux que, de points de départ si opposés, le droit canonique et l'illustre philosophe aient abouti à des résultats juridiquement voisins. Mais la conception de Kant apparaît bien artificielle ; et elle doit être repoussée, si l'on songe qu'elle repose sur cette idée, entièrement contraire à la réalité, que, par le fait du mariage, chaque époux subit une diminution de personnalité.

Quoi qu'il en soit, des idées analogues semblent inspirer certains jurisconsultes. Zachariæ notamment accorde au mari la faculté d'exercer contre la femme déserteuse la contrainte personnelle, car il s'agit, selon lui, de l'exécution d'un droit dont l'objet est la personne de la femme. *Ubi rem meam invenio, ibi rem meam vindico* (2). Marcadé, sous une

1. *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, traduction J. Barni, p. 112.

2. Edit. Vergé, t. I, p. 229, note 4.

forme légèrement atténuée, exprime la même idée :

Dans le mariage, ce n'est pas seulement un fait personnel, c'est sa personne même que la femme m'a promise ; pourquoi donc ne pourrais-je pas poursuivre par les voies légales la possession de cette personne, objet direct du contrat ? pourquoi, pour y arriver, ne pourrais-je pas user même de la force publique (1) ?

On avait objecté à Marcadé que l'obligation de la femme d'habiter avec son mari était une obligation de faire, que la condamner à l'exécution directe violait en conséquence la règle *nemo potest præcise cogi ad factum*. Marcadé répond que cette règle ne vise que les obligations relatives à des intérêts matériels et pécuniairement appréciables. Dans ce domaine seulement, il est, selon lui, naturel de se contenter de dommages-intérêts et de respecter la liberté de l'individu. Mais dans le mariage, toute idée de gains ou de pertes disparaissant, il devient absurde de parler de réparations en argent (2). Valette (3), Demolombe (4), Demante et Colmet de Santerre (5), Aubry et Rau (6), Beudant (7),

1. Marcadé, t. I (édit. Paris), 1844.

2. Marcadé, t. I (éd. Paris, 1844).

3. Valette sur Proudhon. *Etat des personnes*, t. I, p. 453.

4. Demolombe, t. IV, n° 107.

5. Demante et Colmet, t. I, p. 449.

6. Aubry et Rau, t. V (4^e éd.), n° 471, note 5;

7. Beudant, t. I, n° 313.

Troplong (1), Fuzier-Hermann, autorisent aussi l'emploi de la force.

Toutefois les arguments de Zachariæ et de Marcadé, touchant la prétendue livraison par la femme de sa propre personne, semblent peu en faveur. La plupart des auteurs invoquent surtout, outre la nécessité d'une sanction, le droit incontestable des juges d'ordonner la réintégration. Pourquoi, continuent-ils, ces injonctions ne seraient-elles pas susceptibles d'être exécutées, comme les autres ordres de justice, par la force publique ?

De son côté, dans les quatre-vingts ans qui ont suivi la promulgation du Code, la jurisprudence a couramment regardé comme licite la contrainte exercée contre la femme *manu militari*. Citons un arrêt de Paris du 29 mai 1808 (2), confirmant une ordonnance de référé, un arrêt de Turin du 17 juillet 1810 (3), un arrêt de Pau du 12 avril 1810 (4) ordonnant la réintégration d'une déserteuse « par huissier premier requis », un arrêt de Nancy enjoignant à l'épouse fugitive, le 11 avril 1826, de rentrer sous trois jours au domicile conjugal, si elle ne veut y être contrainte par tout huissier chargé de l'exécu-

1. Troplong. *Contrainte par corps*, n° 258.

2. D. *Rép. Mariage*, n° 762.

3. S. 1812. 2. 415.

4. D. *Rép. Mariage*, n° 762.

tion, lequel pourra même au besoin se faire assister par la force publique » (1). Ajoutons, toujours dans le même sens, l'arrêt de Cassation du 9 août 1826 (2), l'arrêt d'Aix du 29 mars 1831 (3), prescrivant à une femme de retourner à son mari dans le mois, sous peine d'y être « contrainte par la saisie de sa personne ». Signalons encore un arrêt de Dijon du 25 juillet 1840 (4), un arrêt de Paris du 31 mars 1855 (5), confirmant un jugement du tribunal civil d'Auxerre, un arrêt de Bastia du 21 mai 1856 (6); un arrêt de Nîmes du 20 février 1862 confirme par adoption de motifs un jugement du Vigan en date du 28 novembre 1831, refusant d'autoriser l'emploi de la force publique, mais ne fondant ce refus que sur les circonstances de l'espèce et maintenant le principe que les juges peuvent autoriser le mari à recourir à la *manus militaris* (7); la même Cour de Nîmes confirma le 10 juin 1862 un autre jugement du Vigan, lequel avait autorisé un mari à procéder à la réintégration de sa femme par toutes voies, « même

1. S. 26. 2. 200.

2. S. 27. 1. 88.

3. S. 33. 2. 92.

4. S. 40. 2. 291.

5. D. 55. 2. 284.

6. D. 57. 2. 14.

7. S. 63. 2. 161. — Cf. Aix, 23 mars 1840. (*Jour. du Pal.*, 41. 1, p. 108.)

par corps » (1). La Cour de Pau, le 11 mars 1863, admit également la licéité de la *manus militaris* (2).

Comment les juges motivent-ils ces différentes décisions ? Par les arguments que nous avons déjà rencontrés dans la doctrine. Repousser l'emploi de la force détruirait l'autorité des jugements. Ce serait autoriser entre conjoints une séparation imprévue de la loi, quand la femme ne posséderait aucuns revenus qui puissent faire l'objet d'une saisie ou trouverait le moyen de s'en passer. Cette contrainte directe n'est pas seulement indispensable, elle est légitime. La loi n'assure-t-elle pas l'exécution des jugements par tous les procédés en son pouvoir ? spécialement l'emploi de la force n'est-il pas formellement autorisé dans le mandement aux officiers de justice, lequel termine nécessairement tous les

1. S. 63. 2. 161.

Noter que la Cour de Nîmes, malgré cette expression, entendit seulement autoriser l'emploi de la force armée, et non la *contrainte par corps* au sens traditionnel et technique de l'expression.

2. S. 63. 2. 97.

Dans le même sens encore : Colmar, 4 janvier 1817 (S. 18. 2. 123). — Trib. civ. Saintes, 18 juillet 1876 (*Droit*, 21 oct.). — Seine, 15 janvier 1881 (*Droit*, 16 janvier). — En sens contraire, décisions de la Cour provinciale de Gueldre (6 juin 1849. D. 52. 2. 106) et de la Cour de Hollande mérid. (16 janvier 1850. Même endroit).

jugements ? Certains arrêts font particulièrement remarquer que les tribunaux ont le pouvoir de déterminer les moyens d'exécution de leurs sentences ? pourquoi n'en useraient-ils pas ici, et pourquoi la contrainte personnelle ne rentrerait-elle pas dans ces moyens, puisque en réalité cette mesure, obligeant la femme à l'exécution d'un engagement volontairement pris, n'attente pas à sa liberté ? Le jugement d'Auxerre expose nettement l'idée qui domine la jurisprudence :

Cette sanction, dit-il, est virtuellement renfermée dans le principe, essentiel aux lois positives, que tout droit proclamé par elles a force et vertu pour l'exécution ; si nul ne peut se faire justice à soi-même, si la force exécutoire ne peut être mise en action sans le concours de l'autorité, l'objet même de l'institution des tribunaux est, dès qu'ils ont reconnu l'existence du droit, de lui donner ce concours et de faire prévaloir sur la volonté privée la volonté publique.

Avec une confiance peut-être excessive, le tribunal refuse même de statuer sur les autres moyens proposés par les conclusions, sous prétexte « qu'il ne convient pas à la justice de supposer que ce qu'elle aura commandé puisse rester sans effet ».

L'arrêt de Dijon du 25 juillet 1840, tout en autorisant l'emploi de la force, semble moins sûr de son efficacité. Il avoue que ce procédé, plutôt qu'à rétablir réellement la vie commune, tend à constater

l'obstination de la femme dans une désobéissance susceptible de légitimer une action plus sérieuse.

Au reste, la plupart des décisions n'ordonnent de contraindre la femme par la force que si tous les autres procédés risquent, en raison des circonstances, de rester inefficaces. Comme, d'autre part, le recours à la force publique, s'il est légitime, n'est pourtant pas imposé par un texte exprès, les tribunaux se réservent la faculté de l'autoriser ou de le refuser, suivant la situation sociale des époux, le degré de gravité dans la désobéissance de la femme, le plus ou moins de probabilité d'une réconciliation, selon aussi les intérêts de la famille.

Les partisans du recours à la force publique s'accordent sur la nécessité d'une intervention judiciaire pour mettre cette force en mouvement, et la justice ne peut statuer qu'après que le mari a formellement mis la fugitive en demeure de réintégrer. Suivant Bertin, il doit tout d'abord solliciter du juge des référés une ordonnance l'autorisant à se transporter au lieu où demeure la femme et à lui faire, avec l'assistance du juge de paix, injonction de regagner le domicile conjugal. L'urgence légitime ici le rôle du président (1).

Mais le président du tribunal peut-il provisoirement prescrire toutes mesures nécessaires pour

1. Bertin. *Ordonnances sur requête* (1874), n^{os} 582 et suiv.

amener la réintégration, notamment l'emploi de la force ? L'arrêt précité du 29 mai 1808 l'a admis. Demolombe, au contraire, lui conteste ce pouvoir, car, dit-il, si le titre de l'époux est dans la loi et son droit incontestable, il est loin d'en être de même des moyens qui lui sont offerts de réaliser ce droit (1).

Demolombe exige donc l'intervention du tribunal civil lui-même. Toutefois, il ne paraît pas nécessaire que celui-ci, par un premier jugement, condamne d'abord la femme à réintégrer, et qu'il ne détermine qu'ultérieurement, au cas où elle refuse, par un second jugement, les moyens de contrainte mis à la disposition du mari. Dans le silence de la loi, il devrait suffire d'un seul jugement condamnant la femme à réintégrer dans un certain délai et déterminant les procédés dont le mari sera admis à user pour l'y forcer, si elle n'obtempère pas dans le temps à elle imparti.

Malgré ces tempéraments, caractère subsidiaire de la *manus militaris*, permission de justice indispensable, l'appel à la force publique est répudié par un parti considérable dans la doctrine.

Laurent surtout s'est élevé avec vigueur contre ce système. A Zachariæ attribuant au mari un droit de revendication sur la personne de sa femme, il répond qu'on ne revendique pas une chose mobi-

1. T. IV, n° 108.

lière (1) ; or, si la femme est une chose, il est impossible de lui dénier le caractère de meuble. A Marcadé, celui-ci ne doutant pas que le mari ne puisse poursuivre par la force la possession de la personne de sa femme, objet direct du contrat, il réplique ironiquement : « Pourquoi n'installerait-on pas les gendarmes dans la chambre nuptiale » (2) ?

Déjà les premiers commentateurs du Code, notamment Delvincourt, avaient dénié au mari la faculté d'en appeler à la force armée (3). Mais ils paraissent avoir confondu, dans une certaine mesure, ce genre d'exécution directe avec cette institution spéciale qu'organisait le Code sous le nom de « contrainte par corps » et qu'a abolie la loi du 22 juillet 1867, sauf en matière criminelle, correctionnelle et de simple police. Si cette assimilation avait été justifiée, l'article 2063 interdisant de prononcer la contrainte par corps hors des cas limitativement déterminés par la loi, lesquels ne comprenaient pas l'abandon d'époux, tout autre argument contre le recours à la *manus militaris* eût été inutile, surtout depuis l'abolition de la contrainte par corps en matière civile.

Mais, en réalité, comme l'ont bien vu les auteurs modernes, notamment Laurent, Huc, Baudry, il

1. Du moins contre un possesseur de bonne foi, conviendrait-il d'ajouter.

2. T. III, n° 93, p. 124, 125, 126.

3. T. I, 2^e partie, p. 155, note sur page 79.

existe une différence profonde entre la contrainte par corps et l'emploi de la force publique pour ramener la femme au domicile conjugal. Dans ce dernier cas, il s'agit en effet d'une simple coercition momentanée, sans privation réelle de la liberté. On n'y rencontre pas davantage l'incarcération qui constitue la contrainte par corps que si j'emploie la force pour expulser de mon domicile l'individu qui s'y introduit malgré moi. Les arrêts qui ont autorisé le recours à la force se sont assez généralement prévalu de cette différence. Il faut donc pour repousser leur système trouver d'autres raisons.

Le silence de la loi paraît déjà fournir une indication assez puissante, si on songe que ce procédé ne fut nullement mentionné au cours de la discussion au Conseil d'Etat. Bonaparte lui-même, dont on connaît la conception un peu rude de l'autorité maritale, ne proposa pas l'adoption d'une telle sanction. L'on ne peut davantage admettre que le législateur ait voulu maintenir sur ce point les traditions de l'ancien droit. Celui-ci fondait surtout l'exécution forcée du devoir de cohabitation sur le droit de correction du mari ; or l'on s'accorde à considérer ce droit comme banni du Code civil, dont le silence à cet égard est d'autant plus probant qu'il organise au contraire avec soin le droit du père de corriger ses enfants.

Dans ces conditions, on ne pourrait permettre au

mari de se saisir de la femme avec le concours de l'autorité, sans violer le principe qu'il n'appartient pas aux tribunaux de créer des peines. C'est sur ce fondement que s'appuient beaucoup des décisions qui ont refusé au mari l'emploi de la force contre sa femme déserteuse, particulièrement les arrêts de Bourges du 15 juillet 1811 (1), et d'Aix, du 22 mars 1884 (2).

Est-ce à dire que la jurisprudence du siècle dernier ait évité totalement la confusion commise par les anciens commentateurs du Code entre le recours à la *manus militaris* appliquée à la réintégration de la femme et la contrainte par corps prévue par le titre XVI du livre III ?

Il serait inexact de l'affirmer ; pourtant, si l'arrêt de Toulouse du 24 août 1818 (3) invoque encore une prétendue identité entre ces deux voies d'exécution, si l'arrêt précité de Bourges allègue que l'une comme l'autre consistent à appréhender quelqu'un pour l'obliger à faire quelque chose, cette assimilation inexacte paraît simplement révéler un louable souci de protéger la liberté individuelle. La Cour de Toulouse n'observe-t-elle pas avec raison que l'arrestation ordinaire elle-même n'est possible que dans les

1. S. chr., III, 2. 524.

2. S. 84. 2. 93. — Egalement Colmar, 10 juillet 1833, S. 34. 2. 127.

3. S. 21. 2. 249.

cas et sous les formes prévues par la loi ? En l'espèce, qui réglerait les formes ? le mari demandeur ? l'huissier ou le policier chargé de cette mainmise sur la personne de la femme ? si l'éloignement de cette dernière est tel que la réintégration ne puisse s'effectuer en un jour, il faudra, continue la Cour, abriter en quelque endroit l'épouse récalcitrante. Sera-ce dans la maison d'un particulier ? si oui, on violera l'article 788 du Code de procédure civile. Dans une maison de détention ? mais alors l'arrestation, combinée avec ce séjour, si bref qu'on le suppose, dans une prison, réalisera cette contrainte par corps, prohibée hors des cas déterminés par la loi. La Cour, poursuivant l'assimilation que nous avons combattue, invoque encore les textes qui régissaient la contrainte par corps. Mais le fonds de son argumentation se trouverait-il beaucoup changé, si elle rappelait simplement que l'article 615 du Code d'instruction criminelle prohibe la détention dans un logis privé ? si elle ajoutait que le directeur de prison qui recevrait la femme commettrait une infraction à l'article 609 et qu'en tout cas cette réception, jointe à l'arrestation, constituerait un emprisonnement arbitraire, l'application d'une peine non prévue par la loi ?

Ces moyens violents, continue l'arrêt de Toulouse, heurtent si évidemment l'esprit de la loi que l'article 269 du Code civil (1), prévoyant le cas où une

1. Abrogé par la loi du 18 avril 1886.

femme en instance de divorce abandonnerait la résidence que lui a assignée la justice, n'a pas établi d'autre sanction que la perte de sa pension alimentaire et la non-recevabilité à poursuivre l'instance, si elle est demanderesse. A ces différents arguments, silence du Code, respect de la liberté individuelle, l'on pourrait être tenté d'ajouter qu'aux termes de l'article 1142 « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, au cas d'inexécution de la part du débiteur ». Ce serait une nouvelle raison de proscrire ici la contrainte directe et personnelle. Mais il nous paraît difficile de soumettre les relations du mari et de la femme à des règles que leur place dans le Code et la nature des exceptions qui leur sont apportées montrent évidemment établies en vue des seules relations d'ordre pécuniaire. Toutefois il ne faudrait pas oublier, avec Marcadé, que l'article 1142 se fonde surtout sur la nécessité de ne pas contraindre l'individu dans sa personne, nécessité inéluctable pour qui veut éviter le retour de l'état de violence qui a précédé le régime du droit ; or, ce serait attenter, comme le dit Morizot-Thibault, au principe que l'homme est chose sacrée, que d'admettre la *manus militaris* pour contraindre la femme à réintégrer.

Cette considération est au reste assez négligée par les adversaires de la contrainte personnelle. Houques-Fourcade conteste que le respect de la per-

sonne humaine soit la base de l'article 1142. Laurent n'estime pas que la liberté de la femme soit violée, si on la force seulement à rejoindre le domicile conjugal, sans l'y tenir enfermée, puisqu'elle est obligée à ce retour et qu'en se mariant elle s'est elle-même privée de sa liberté. C'est pour d'autres raisons que ces auteurs repoussent l'emploi de la force, et ces raisons nous semblent les plus convaincantes. Admettons en effet que dans certains cas exceptionnels, la menace des huissiers et des gendarmes suffise à ramener la déserteuse, que dans d'autres hypothèses l'emploi de la force puisse vraiment restaurer la vie conjugale, en soustrayant l'épouse aux influences irritantes de sa famille. Sont-ce là des chances suffisantes pour tenter une opération qui ne peut s'exécuter sans scandale, qui presque fatalement développera entre les époux des germes de méfiance, d'hostilité, sinon de haine ? Passons encore sur cet inconvénient inévitable des mesures violentes. Il n'en reste pas moins, et c'est là l'argument irréductible contre ce procédé, que l'emploi de la force publique est inapte à procurer au mari ce qu'il est en droit d'exiger, c'est-à-dire la présence constante de l'épouse au domicile conjugal et sa participation véritable à la vie qu'il y mène (1).

1. En ce sens, un jugement de Clamecy du 22 mars 1895, lequel refuse le concours de la force publique comme impuis-

Supposons en effet la femme revenue, grâce à la force armée, auprès de son mari. Comment la retiendra-t-il ? En l'enfermant ? tout le monde lui refuse le droit de procéder à cette séquestration. C'est même à la seule condition qu'elle cessera aussitôt le retour de la femme, que la jurisprudence du début du xix^e siècle autorise la contrainte personnelle. Dès lors, la femme pourra s'enfuir à nouveau. Ce second départ et ceux qui suivront, n'ayant pu être réglés par la première intervention de justice, obligeront le mari à recourir chaque fois aux magistrats et avec leur permission, il procédera à toute une série d'arrestations, dont chacune diminuera la probabilité d'une réelle reprise de l'existence commune. Quant à la dignité de la justice, elle se trouvera singulièrement compromise par cette succession d'ordres inefficaces (1).

Il faut donc approuver le revirement qui s'est produit à cet égard dans la jurisprudence. Depuis l'arrêt d'Aix du 22 mars 1884, la justice ne paraît être que rarement revenue au système de la force.

sant à obtenir « l'exécution des devoirs complexes d'une épouse » (*France jud.*, 97.2.349) et un jugement de Saint-Sever du 23 février 1906 (*Droit*, 3 avril).

1. La remarque en est déjà faite par la Cour d'Aix dans son arrêt du 22 mars 1884 (S. 84.293.). — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2172 et Morizot-Thibault, p. 177-179.

Au surplus, sa répugnance pour ce mode brutal de contrainte ne pouvait que s'accroître en raison du rétablissement du divorce et de son entrée définitive dans les mœurs. La contrainte personnelle apparaissait généralement comme la ressource extrême du mari qui avait épuisé tous les autres moyens sans triompher de l'obstination de la fugitive. N'était-il pas naturel que le divorce, autre remède extrême, remplaçât peu à peu cette contrainte personnelle, dans les hypothèses où l'emploi successif des procédés moins graves avait démontré la fragilité du lien conjugal et la vanité de tout espoir de rétablir la communauté d'existence ?

De fait, si certaines décisions récentes (1) répudient surtout le recours à la *manus militaris* parce qu'aucune disposition légale n'en permet l'usage, un jugement du tribunal civil de Quimper en date du 15 mars 1905 insiste surtout « sur le caractère abusif et suranné que prendrait sous l'empire d'une législation qui admet le divorce, la contrainte personnelle, exercice d'un véritable droit de revendication et de prise de possession, et ce en dehors de toute faute pénale » (2).

1. Trib. civ., Marseille, 7 mars 1902. *Juris. civ. Marseille*, 1902, 390,

2. S. 1905. 2. 252.

Aux auteurs déjà cités comme repoussant la contrainte personnelle, ajoutons : Cubain. *Droit des femmes*, p. 8. — Char-

§ 3. — *Sanctions indirectes au profit du mari :*

Le refus d'aliments

La saisie des revenus de la femme

A défaut de cette voie directe d'exécution du devoir de cohabitation, le mari bénéficie-t-il du moins de moyens indirects ? Il en est un d'incontestable et d'incontesté : le refus à la déserteuse des aliments et des objets nécessaires à la vie, indiqué par Bonaparte devant le Conseil d'Etat et découlant du texte même de la loi. Mais il n'est possible qu'autant que le départ de la femme n'est pas justifié, comme nous le démontrerons au cours des explications que nous consacrerons au devoir alimentaire. L'efficacité de ce procédé disparaît au reste lorsqu'à la faveur de la séparation de biens ou du régime dotal, la femme administre elle-même une partie plus ou moins considérable de sa fortune personnelle, sinon la totalité, et en perçoit les revenus, de même lorsque la rebelle reçoit des subsides de sa famille ou d'étrangers. Pour ne pas laisser à la femme riche ou aidée par autrui une immunité regrettable, on a cherché un équivalent au refus d'aliments et on a cru le trouver dans la concession au mari du droit de saisir

don. *Puissance maritale*, n° 10. — Duranton, t. II, p. 414, n° 440. — Huc, t. II, n° 238.

les revenus de la déserteuse. Qu'il pût saisir, des revenus ou même de la propriété des biens de sa femme, une part égale à la contribution que la loi ou son contrat imposaient à cette dernière de verser pour l'entretien du ménage, nul ne l'a jamais contesté (1).

La controverse naît au contraire, en dehors de l'hypothèse précédente, lorsqu'il s'agit de contraindre par la saisie la femme à réintégrer.

Les partisans de cette mesure allèguent ici encore le prétendu pouvoir discrétionnaire qui résulterait pour les tribunaux de la discussion au Conseil d'Etat et leur droit de garantir l'exécution de leurs sentences par les moyens que la loi ne condamne pas spécialement (2).

Mais, précisément, de la nature même de cette institution, il résulte que la loi prohibe ici toute saisie. La saisie suppose en effet un droit de créance dont le titulaire veut obtenir la réalisation par l'expropriation du débiteur. Dira-t-on que le mari est

1. Paris, 27 janvier 1855. S. 55. 2. 146.

2. En ce sens, Demolombe, t. IV, n° 105, lequel reconnaît nettement que le mari n'est pas créancier. — Delvincourt, t. I, 6° partie, p. 155, note sur page 79. — Aubry et Rau, t. V, n° 471. — Marcadé, t. I, n° 726. — Demante et Colmet de Santerre, t. I, p. 449. — Chardon, n° 13. — Beudant, t. I, n° 313. — Massé et Vergé, t. I, p. 229. — Vazeille, t. II, p. 9.

créancier de la cohabitation, alors que le devoir de l'épouse trouve son fondement dans l'essence même du mariage ? Le devoir d'obéissance et son dérivé : le devoir de suivre le mari comportent-ils une évaluation pécuniaire ? En réalité, il n'existe ici ni créancier ni débiteur. Dès lors, comment un jugement pourrait-il priver la femme des droits qu'elle tient de sa qualité de propriétaire, lui enlever la jouissance et la possession qu'elle s'est réservées par contrat de mariage, ce qui constituerait une atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales ? Aucun texte n'autorise une telle violation des principes. En prescrivant au juge de suppléer à l'insuffisance de la loi, le Code, remarque Cubain (1), ne va pas jusqu'à lui donner le pouvoir de prononcer une confiscation illégale, et Duranton rejette également cette singulière saisie comme constituant une « décision parlementaire » (2).

Il est vrai qu'aux adversaires de ce procédé on objecte, avec un arrêt de Nîmes du 11 juin 1806 (3), que la saisie s'analyse en un refus d'aliments et que si le législateur a permis implicitement ce refus, il a entendu l'autoriser sous tous les régimes. Victorieusement Laurent réplique qu'il n'y a pas lieu de refu-

1. P. 8, n° 16 et suiv.

2. T. II, n° 439.

3. D. *Rép.* Mariage.

ser des aliments à la femme qui n'en demande pas et que ce refus n'est légitime qu'en ce sens que l'épouse, devant les recevoir au domicile conjugal, perd, par sa fuite, le droit de les réclamer (1).

La jurisprudence paraît peu influencée par ces différents arguments. D'ailleurs elle mélange généralement deux idées : celle d'attribution au mari de partie de la fortune de la femme et celle de mise en indisponibilité vis-à-vis de l'épouse récalcitrante d'une portion plus ou moins considérable de son patrimoine personnel.

Par exemple, d'après les considérants d'un arrêt de Colmar du 10 juillet 1833, la validité de la saisie semble bien reposer sur la contribution due par la femme séparée de biens aux charges du ménage ; mais, comme ces frais peuvent, selon les circonstances, englober l'intégralité de ses revenus, la Cour envisage la possibilité d'une coercition obtenue par application de l'article 1448, en vue de ramener la femme au domicile conjugal (2).

La nécessité d'une créance du mari comme base de la procédure n'est pas davantage formellement répudiée par l'arrêt de Riom du 13 août 1810, intervenu dans les circonstances suivantes : Une dame

1. T. III, n° 91. Repoussent aussi la saisie Baudry, Houques-Fourcade, t. II, n° 2169. — Hue, t. II, n° 237.

2. S. 34. 2. 127.

Bachelier, mariée sous le régime dotal, refusait de rejoindre son mari, bien qu'un premier arrêt, du 13 mai 1809, l'y ait condamnée. Le mari demanda qu'elle y fût contrainte par la saisie de ses paraphernaux. La Cour ordonna que dans le mois elle serait tenue de se retirer en la compagnie de son mari, au lieu de Senilhac, où il consentait à se fixer ; faute de quoi, le sieur Bachelier, sans besoin d'autre décision, était autorisé « à se mettre en possession du bien de Senilhac et à en jouir, à la charge de faire dresser procès-verbal, avant sa mise en possession, de l'état des bâtiments et héritages ; de faire faire sur les revenus qu'il percevrait les réparations urgentes et nécessaires et d'entretenir à l'avenir lesdits biens en bon état » (1). L'arrêt donnait certes au mari les moyens de réaliser des profits considérables sur le bien de sa femme et de se les approprier et pourtant il paraît avoir eu pour principal objet de priver la femme, au mépris de son contrat de mariage, tant que durerait sa résistance, de l'administration et de la jouissance d'un de ses paraphernaux.

En réalité, dans une hypothèse bien différente de l'absence déclarée, sans qu'il y eût incertitude sur la vie de l'épouse et au profit du mari, lequel n'était pas l'héritier de la rebelle, la Cour prononçait un

1. D. *Rép.* Mariage, n° 759. S. 13. 2. 239. — Cf. Aix, 23 mars 1840. *Jour. du Pal.*, 41. 1. 108. S. 40. 2. 474.

envoi en possession. Ce n'est pas sans raison que M. Meynial trouve dans cette procédure organisée contre une femme qui désobéissait aux décisions de justice, une lointaine analogie avec la *missio in possessionem* que le droit romain prononçait contre l'*indefensus* (1).

L'emploi, d'une manière comminatoire, des sanctions légales, afin de vaincre la résistance de la femme par la menace de la famine ou d'un grave préjudice pécuniaire, se retrouve dans l'arrêt de Paris du 22 prairial an XIII (2), condamnant une dame Pleu-martin à rejoindre son mari et autorisant celui-ci « à faire saisir les revenus de son épouse pour iceux être versés et déposés entre les mains de Boulard, notaire à Paris, que la Cour nomme séquestre à cet effet ».

De même un arrêt de Caen du 14 août 1848 admet qu'au cas de résistance de la femme à une première décision ordonnant sa réintégration, les juges peuvent autoriser le mari non seulement à retenir les capitaux dont il est débiteur envers elle, mais encore à faire saisir la totalité de ses revenus. D'après l'arrêt ces revenus et intérêts seront acquis, il est vrai, au mari, pendant tout le temps qu'elle demeurera

1. De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire. *Revue pratique de droit français*, 1884, t. II.

2. Devilleneuve. Vol. II, an XIII à 1808. 2. 61.

éloignée du domicile conjugal ; il n'en reste pas moins que l'étendue exagérée de la saisie trahit l'intention d'exercer une pression sur la volonté de la déserteuse (1).

Le caractère vexatoire et comminatoire se rencontre encore dans l'arrêt déjà cité du 27 janvier 1855, par lequel la Cour de Paris, n'autorisant le mari à toucher que moitié des revenus saisis, n'en déclarait pas moins que les oppositions tiendraient pour le surplus jusqu'à réintégration ().

En résumé, quelle que soit la variété de saisies employée, la nature de cette voie d'exécution se trouve méconnue : les sommes saisies-arrêtées ne sont pas nécessairement attribuées au saisissant ; à supposer que cette attribution ait lieu, elle ne tend pas à le désintéresser, puisqu'il n'est pas créancier. Lorsqu'il ne s'agit plus d'empêcher la femme de percevoir elle-même les intérêts de ses créances et qu'il faut recourir à la saisie-exécution, l'anomalie

1. D. 1850. 2. 185.

2. Admettent également la saisie, Toulouse, 21 août 1818 sous 24 août 1818. S. 21. 2. 249. — Aix, 29 mars 1831. S. 33. 2. 92. — Paris, 14 mars 1834, lequel habilite le mari à la saisie-arrêt sans avoir à produire aucun titre de créance, en vertu de sa seule qualité de mari (S. 34. 2. 159). — Nîmes, 20 février 1862. S. 63. 2. 161. — Tribunal civil de Lyon, 19 mars 1870. D. 71. 5. 258. — Bordeaux, 3 janvier 1882. S. 82. 2. 126. En sens contraire. Pau, 11 mars 1863. S. 63. 2. 97.

s'accentue ; d'une procédure dont l'aboutissement régulier serait la vente forcée, on tire le moyen de paralyser, pour le plus grand préjudice des tiers, l'effet des conventions matrimoniales dont l'épouse s'était assuré le bénéfice.

Au surplus, dans cet étrange appareil de contrainte est le plus souvent altérée une autre institution : celle du séquestre. De droit commun, il est vrai, peuvent être confiés à un séquestre les meubles saisis sur un débiteur. Mais nous répétons qu'ici il n'existe pas vraiment de débiteur. D'autre part, si la résistance de la femme se prolonge longtemps, il faudra donner une durée équivalente à une mission d'ordinaire temporaire, d'où nécessité d'investir le séquestre de pouvoirs spéciaux, qui dénatureront encore le caractère de sa fonction.

De toutes ces considérations, découle forcément la condamnation du système ; comment accepter en effet que les tribunaux puissent arguer de leur soi-disant pouvoir discrétionnaire pour détourner les voies d'exécution du but que la loi leur assigne et leur demander des résultats qu'il n'est pas dans leur nature de fournir.

§ 4. — *Condamnation de la déserteuse à des dommages-intérêts. — Emploi de l'astreinte*

Une autre sanction indirecte a été proposée, qui atteint également la femme dans ses intérêts pécuniaires : la condamnation à des dommages-intérêts prononcée contre la déserteuse au profit du mari. Les uns fondent cette solution sur l'article 1382 du Code civil, les autres sur les articles 1142 et 1149. Le premier système a été notamment soutenu par M. Garsonnet : « Si l'on veut réparer, dit-il, par une condamnation pécuniaire le préjudice moral souffert par un père ou par un mari, dont l'autorité est méconnue, ce ne peut être qu'en vertu de l'article 1382, qui ne distingue pas le tort moral du dommage matériel, lorsqu'il impose à quiconque a causé du dommage à autrui l'obligation de le réparer (1) ». Pour Demolombe, le préjudice résulte plus particulièrement du retard à exécuter la sentence qui ordonne la réintégration (2).

Le second système, plus répandu, est adopté encore par des auteurs récents, notamment par Morizot-Thibault et par le jurisconsulte belge Doux-

1. *Traité de procédure*, t. III, p. 457.

2. T. IV, n° 106.

champs (1), repoussé au contraire par Laurent (2), par Baudry-Lacantinerie et Houques-Foucade (3), par l'avocat belge Procès (4), lequel d'ailleurs répudie également toute application de l'article 1382. Ce système se fonde principalement sur ce que « le mariage, contrat civil, engendre des obligations de même nature ; ainsi la femme s'oblige à cohabiter avec son mari ; cette obligation, qui est de l'essence du mariage, ne peut être envisagée comme un simple devoir moral auquel la femme serait libre de se soustraire sans encourir aucune responsabilité civile. Si sans motifs légitimes, elle se refuse à habiter le domicile conjugal, le mari peut exercer un recours en justice et rien ne s'oppose à ce qu'il réclame le bénéfice de l'article 1142 du Code civil ».

La jurisprudence du début du xix^e siècle combattit généralement cette assimilation du devoir de cohabiter à une obligation de faire, dont la violation entraînerait la condamnation à des dommages-intérêts au profit de l'époux délaissé. Il en est ainsi d'un arrêt de Colmar du 10 juillet 1833 (5), particulièrement explicite, d'un arrêt de Pau du 11 mars

1. *Revue de droit belge*, 1897 ; aussi Beudant, t. I, n° 313.

2. T. III, n° 92.

3. T. II, n° 2171.

4. *Revue de droit belge*, 1897.

5. S. 34. 2. 127.

1863 (1). Ces décisions se conciliaient fort bien avec le principe en honneur devant nos tribunaux, d'après lequel était impossible la réparation pécuniaire, en matière contractuelle, du préjudice moral.

Au contraire, la jurisprudence plus récente, bien qu'elle fonde d'ordinaire, en matière de droits de famille, la réparation du préjudice sur l'article 1382, découvre l'inexécution d'une obligation de faire dans le refus par la femme d'habiter avec son mari.

Citons en ce sens l'arrêt rendu par la Cour belge de Cassation, le 9 janvier 1879, dont les considérants nous ont servi à tracer l'exposé du système qui appuie l'allocation de dommages-intérêts sur l'article 1142 (2).

Ajoutons l'arrêt de Nîmes du 20 février 1862 (3), un arrêt de Besançon du 29 juillet 1890 (4), un jugement du tribunal de Gray du 5 décembre 1890 (5). Toutefois, dans ces deux dernière espèces, la fugitive avait emmené avec elle l'enfant commun, circonstance qui influa surtout sur la Cour de Besançon, comme elle avait influé sur le tribunal de cette ville. Celui-ci, condamnant la mère à ramener l'enfant sous peine de 100 francs par jour de retard

1. S. 63. 2. 97.

2. Pasicrisie 79. 1. 50.

3. D. 63. 2. 194.

4. *Loi*, 18 avril 1891.

5. *Idem*.

et la condamnant en outre, en raison du préjudice causé au mari, à des dommages-intérêts fixés à 1.000 francs, paraît avoir tenu compte, plutôt que du préjudice moral, des frais de recherche de l'enfant.

Cette nécessité d'un préjudice matériel, tout au moins comme germe de la condamnation à des dommages-intérêts prononcée par application de l'article 1142, résulte aussi d'un arrêt rendu par la Cour belge de Cassation le 18 mai 1899 (1).

Signalons enfin le soin avec lequel l'arrêt de Liège du 16 juin 1897 justifie l'application de l'article 1142 à l'hypothèse où la femme refuse de reprendre la vie commune. Dans l'esprit de la Cour, quand la femme transgresse, en désertant, un contrat civil librement consenti, le mari perd la situation sociale que lui avait faite son mariage ; il en résulte un préjudice matériel et moral, lequel doit s'apprécier eu égard aux circonstances. A cette condition, la condamnation n'est pas arbitraire ; elle tend réellement à la réparation du dommage éprouvé (2).

Pour justifier l'emploi des dommages-intérêts en cette matière, on fait valoir que, s'ils sont prononcés par jour de retard et proportionnés à la demeure de l'épouse récalcitrante, ils sont aptes à procurer

1. D. 1901. 2. 161.

2. S. 98. 4. 15.

Pasicr., 98, p. 31.

l'exécution en nature de son devoir de cohabitation. Ce caractère coercitif des dommages-intérêts se rencontre déjà dans un arrêt du 1^{er} avril 1824, par lequel la Cour de Bruxelles, pour vaincre la résistance d'une épouse fugitive, la condamne à payer une certaine somme par jour, jusqu'à réintégration (1).

Le 8 mai 1828, la même Cour déclare que, pour assurer le triomphe de la loi, il appartient à la justice d'exagérer le taux des dommages-intérêts infligés à la femme, en dépassant considérablement le chiffre du préjudice réellement éprouvé (2). Infirmant un jugement du tribunal de Louvain, du 26 mars 1874 (3), lequel avait refusé de prononcer contre une déserteuse, en l'absence de préjudice matériel, une condamnation à des dommages-intérêts qui eût été une confiscation et une peine illégale, la Cour d'appel, par arrêt du 31 décembre 1877, invoque le prétendu pouvoir des juges de garantir, par des clauses pénales, l'exécution de leurs sentences et frappe la femme d'une condamnation à 5 francs par jour de retard (4). La Cour de cassation, le 9 janvier 1879,

1. Pasier. belge, cours VI, p. 93. L'arrêt prononce cette condamnation « comme moyen coercitif le plus efficace dans l'espèce », et « par forme de pénalité ».

2. Pasier., cours VIII, p. 175.

3. *Id.*, trib., 1874, p. 172.

4. *Id.*, cours, 1878, p. 190.

repousse le pourvoi formé contre cet arrêt (1). Elle conteste que l'indemnité allouée au mari soit, comme le prétendait le pourvoi, avec la doctrine belge, une peine prononcée et appliquée hors la loi. La constitution n'est pas violée de ce chef. Elle n'est pas davantage atteinte, continue la Cour, en ce que l'arrêt attaqué aurait prononcé une confiscation indirecte, réalisée par l'accumulation ruineuse des dommages-intérêts quotidiens. La condamnation pécuniaire prononcée par la Cour de Bruxelles représente, au dire de la Cour de cassation, les dommages-intérêts réellement dus au mari, à titre de réparation du préjudice que lui fait encourir la résistance de la femme à l'ordre de la justice. Ce raisonnement n'en cache pas moins une véritable astreinte ; il faut vraisemblablement en dire autant de l'arrêt de Liège du 16 juin 1897, lequel évalue si largement le préjudice auquel il fait allusion que l'objet véritable de la condamnation semble bien être d'exercer une contrainte sur la femme et de l'amener ainsi à cesser sa rébellion.

La jurisprudence française nous offre aussi des exemples de dommages-intérêts prononcés à titre coercitif.

La Cour de cassation, par arrêt du 26 juin 1878, reconnaît la légitimité de leur emploi lorsqu'il s'agit

1. Pasier., 1879, p. 50.

de ramener la femme au domicile conjugal. Ne déclare-t-elle pas que, pour atteindre ce résultat, les tribunaux ont la faculté de recourir aux moyens de « contrainte » qui leur paraissent les plus efficaces, notamment aux dommages-intérêts ? (1).

Un jugement du tribunal civil de Lyon du 17 novembre 1900 trouve l'astreinte d'autant plus justifiée qu'elle présente l'avantage, tout en constituant une réparation du préjudice matériel et moral causé par l'éloignement de la femme, de rappeler sans cesse à celle-ci et de fortifier dans son esprit le devoir de cohabiter (2).

Le caractère de l'astreinte apparaît mieux encore dans un jugement du même tribunal en date du 1^{er} mars 1902. Dans un but de conciliation, le tribunal, dans une première décision, avait limité à un certain délai la durée de l'astreinte. Il ne s'était pas interdit d'accueillir une instance nouvelle en paiement d'une nouvelle astreinte quotidienne, pour le cas où l'épouse ne déférerait pas à l'ordre de justice primitif (3).

Que faut-il penser de l'emploi des dommages-

1. Requête rejet. S. 79. 1. 176. — Cf. Paris, 2 mars 1877. S. 77. 2. 243. — Trib. de Gray, 5 décembre 1890. *Loi*, 18 avril 1891. — Admet également l'astreinte, trib. de Bourganeuf. *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 450.

2. *Moniteur Lyon*, 14 janvier 1901.

3. *Loi*, 1^{er} octobre 1902.

intérêts, à titre de réparation ou de coercition, au cas où la femme a abandonné le mari ?

Pour accepter l'assimilation du devoir de cohabitation aux obligations dont les articles 1142 et 1149 sont chargés d'assurer l'exécution, d'ailleurs indirecte, il faudrait oublier la place que ces articles occupent dans le Code. Le livre III qui les contient traite des différentes manières d'acquérir la propriété ; il est totalement étranger aux droits de famille. On ne saurait en étendre les dispositions aux relations d'individu à individu, que si ces relations par quelque point constituaient elles-mêmes des rapports d'ordre pécuniaire, entre un créancier et un débiteur. Or, la nature même du devoir de cohabiter interdit de lui attribuer ce caractère, et l'on ne saurait découvrir ici le lien essentiellement modificateur des patrimoines qui constitue l'obligation, au sens du titre III du livre III.

D'autre part, selon l'article 1149 « les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ». Comment déterminerait-on ici le *lucrum cessans*, le *damnum emergens* ? La présence de la femme au foyer, sa participation aux peines du mari, les joies de l'intimité sont-elles susceptibles d'évaluation pécuniaire ? Nous ne contestons pas que l'absence de la femme puisse entraîner un préjudice matériel pour le mari. Un commerçant pourra se

trouver privé d'une collaboration précieuse. Mais, par le fait même du mariage, la femme avait-elle pris l'engagement de rendre les services d'un commis ? par sa fuite, viole-t-elle un contrat de louage ?

La vérité, c'est que les dommages matériels ne peuvent être ici qu'accidentels et accessoires. La désertion a pu en être la cause éloignée et indirecte, mais une cause d'ordre purement psychologique, dont le droit se refuse à tenir compte. Quant au préjudice qui résulte directement de l'abandon, ce ne peut être qu'un préjudice moral. Or, de l'aveu même de la jurisprudence, l'article 1149 n'a pas été écrit en vue de ce genre de préjudice. Toute évaluation en serait forcément arbitraire.

L'arrêt de Colmar du 10 juillet 1833 montre très heureusement que, considérât-on le mariage comme un contrat civil, on ne saurait assimiler les obligations qui en découlent aux obligations ordinaires et conventionnelles. Avant d'être consacré par la loi positive, n'est-il pas un acte de droit naturel ? « on ne peut régir, dit la Cour, l'association essentiellement morale et intellectuelle des époux par les dispositions du titre III du livre III du Code civil sur les dommages-intérêts qui sont dus en général pour la perte matérielle que fait l'un des contractants ou pour le gain dont il est privé, qui ne sont dus que pour ce qu'on a pu prévoir lors du contrat et qui est la suite immédiate de son exécution ; il suffit de lire

de pareilles dispositions pour être convaincu qu'elles appartiennent à un ordre de choses bien différent, à des négociations où stipulent librement, en se soumettant à la législation existante, des parties également maîtresses de leurs droits, sans tutelle et sans dépendance de l'une envers l'autre » (1). La Cour aurait pu ajouter qu'en poussant à bout l'assimilation du mariage avec les contrats ordinaires, on arriverait à des conséquences absurdes et immorales. Par exemple qu'un époux vienne à se refuser à tout rapport sexuel avec son conjoint, rien, dans la théorie que nous combattons, n'empêcherait ce dernier de l'assigner en dommages-intérêts, comme un locataire actionnerait le propriétaire qui lui enlèverait temporairement la jouissance de la chose louée (2).

Les dommages-intérêts alloués au mari faute par la femme de cohabiter trouveraient-ils un appui plus solide dans l'article 1382 ? pas davantage. S'il est vrai que cet article ne distingue pas le tort moral du dommage matériel, il n'en reste pas moins que le préjudice moral lui-même ne peut en général se réparer que par de l'argent, ce qui exige une base d'évaluation pécuniaire. Où trouverons-nous cette base en matière de cohabitation, à moins d'englober

1. S. 34. 2. 127.

2. Pareille prétention a été admise par un jugement de Carcassonne de 1897, confirmé le 10 novembre 1897 par la Cour de Montpellier (D. 99. 2. 15).

dans le préjudice des éléments extrinsèques au devoir de la vie commune ? Au surplus, il faut admettre que le législateur a réglé tout ce qui concerne les droits de famille dans le livre qu'il leur a consacré, si on songe à l'aboutissement scandaleux de la conception contraire. Accepterait-on, dit l'avocat Procès, que sur le fondement de l'article 1382, un père réclamat des dommages-intérêts au fils qui manque à l'honorer, qui quitte le domicile sans sa permission ? Accorderait-on des dommages-intérêts à l'épouse qui se plaindrait d'abus commis par son mari dans la prestation du devoir conjugal ? De l'existence d'un devoir il serait donc téméraire de conclure que sa violation met nécessairement en jeu la disposition de l'article 1382. A un autre point de vue, l'allocation au mari abandonné de dommages-intérêts fixés une fois pour toutes, tend à dégager la femme de son obligation d'habiter avec lui. Elle risque de valider une sorte de transaction grâce à laquelle, la femme, en fournissant rançon, obtiendrait de lui qu'il abdiquât l'une des prérogatives de son autorité. L'emploi de l'astreinte paraît au contraire sauvegarder le vœu de la loi et l'intérêt du corps social. Par l'application de ce dernier système, les dommages-intérêts ne seront plus jamais dus que pour inexécution passée ; l'obligation de l'épouse demeurera entière pour l'avenir. Elle se renouvellera successivement et les dommages-intérêts seront calqués sur cette incés-

sante renaissance. Mais cet avantage indiscutable de l'astreinte ne suffit pas à la légitimer.

En admettant en effet qu'il rentre dans le pouvoir des juges de prononcer des condamnations à tant par jour de retard à titre de contrainte, elles supposent du moins l'existence d'un préjudice antérieur à la sentence. C'est en élevant démesurément le chiffre de la réparation que les tribunaux tentent de faire impression sur l'esprit du débiteur, de réduire le rebelle à l'exécution en nature ou à la ruine. Ici la situation est complètement différente : Une femme persiste à se tenir loin du mari, celui-ci sollicite des juges l'attribution d'une indemnité pécuniaire. Quel est leur premier devoir, sinon de rechercher si la conduite de l'épouse la rend passible de dommages-intérêts ? or, nous avons précisément démontré l'inapplicabilité à l'espèce des articles 1142 et 1382. Pour rester dans la légalité, les juges devront se borner à enjoindre à la femme de réintégrer. Si, sur le fondement du respect dû aux décisions de justice, ils prononcent contre elle, pour le cas où elle résisterait à leur sentence, des dommages-intérêts fixés par jour de retard, ils créent le droit au lieu de le constater. Du moment que la femme n'encourait pas, par le seul fait de sa désertion et en dehors de l'intervention de justice, de dommages-intérêts, ceux qu'ils l'obligent à verser constituent la peine arbitraire d'un soi-disant délit privé, légalement inexistant. En d'autres

termes, ils violent le principe : *nulla pœna sine lege*.

L'allocation de dommages-intérêts apparaît au reste, sous quelque forme qu'ils se présentent, comme profondément immorale. Le vice du système n'a pas échappé à la Cour de Colmar. « La privation de la fortune ou d'une partie de la fortune d'une femme, observe l'arrêt du 4 janvier 1817, ne peut être envisagée que comme un moyen odieux d'acquérir ; elle est une véritable peine, en opposition avec nos mœurs actuelles et capable d'écarter pour toujours une réconciliation qu'il faudrait préparer par d'autres voies ; une telle mesure mettant aux prises l'amour de l'argent avec la tendresse conjugale pourrait faire succomber celle-ci » (1).

*
* *

Quelques autres sanctions au devoir de la femme d'habiter avec son mari furent proposées sans grand succès à une époque déjà ancienne.

Ainsi, au dire de Chardon (2) et de deux arrêts de Bourges, l'un du 17 mai 1808 (3) l'autre du 15 juil-

1. S. 1818.2.123.

Dans leur roman *Les Deux Vies*, les frères Margueritte ont signalé à leur tour l'immoralité de l'astreinte appliquée au devoir de cohabitation, en ce qu'elle favorise les odieux calculs de maris peu scrupuleux.

2. Chardon, n° 15.

3. D. *Rép. Mariage*: S. chron., II, 2. 389

let 1811 (1), la femme déserteuse pourrait être privée, en dehors de tout divorce, de ses avantages matrimoniaux, notamment de ceux qui, dans notre législation, équivaudraient au douaire. Elle pourrait même encourir la perte de sa dot ou de sa part dans la communauté. Cette opinion n'a pas prévalu. Il faudrait en effet des textes formels pour autoriser la prononciation de ces graves déchéances. Le silence à cet égard de notre régime matrimonial condamne suffisamment l'application de pareilles peines pécuniaires (2).

D'autre part, abuserait de la puissance maritale, quoiqu'en ait dit le tribunal de Marseille (3), le mari qui prétendrait refuser à sa femme, jusqu'à réintégration de celle-ci, l'autorisation d'accepter une succession à laquelle elle est appelée.

Enfin, il est unanimement admis aujourd'hui qu'il ne pourrait se livrer à des représailles et à des dilapidations sur les biens de la déserteuse dont il a l'administration. Si injustifié que fût son éloignement, celle-ci conserverait en pareil cas le droit de demander la séparation de biens. Il est vrai que la loi admet que la femme demanderesse en séparation de corps ou en divorce peut être déchue du droit de

1. S. chr. III. 2, 524.

2. En ce sens Demolombe, t. IV, n° 101, p. 116.

3. 8 avril 1890. *Bulletin des arrêts d'Aix*, 1890. 2. 319.

continuer les poursuites, si elle a quitté la résidence provisoire qui lui avait été assignée ; mais cette disposition ne saurait être invoquée ici, les déchéances étant de droit étroit. Quelques arrêts estimèrent néanmoins qu'en se retirant sans motifs du domicile conjugal, la femme perdait son droit à la séparation de biens, comme manquant elle-même aux devoirs du mariage. Cette solution, admise notamment par la Cour de Turin, le 8 décembre 1810 (1), fut énergiquement combattue par Dutruc comme arbitraire (2) et ne tarda pas à être universellement repoussée (3).

§5. — *Sanctions au profit de la femme*

Nous avons jusqu'ici supposé la vie commune rompue par l'éloignement de la femme. Quels sont maintenant les moyens dont dispose l'épouse abandonnée ou chassée pour rétablir l'existence conjugale ? L'examen de cette question fait ressortir que l'égalité des conjoints vis-à-vis du devoir réciproque

1. S. 1811. 2. 271

2. *Sép. de biens.*

3. Voir notamment Amiens, 18 août 1826. D. 29. 2. 105. — Poitiers, 15 août 1836. D. 37. 2. 74. — Paris, 24 janvier 1826 (*J. du Pal.*, 26, p. 87). — Paris, 27 mai 1837 (*J. du Pal.*, 38, t. II, p. 149).

de cohabitation, déjà violée par la prérogative matrimoniale de fixer le domicile conjugal, souffre de nouvelles atteintes en ce qui concerne les sanctions de la vie commune. Si la jurisprudence et la doctrine accordent à la femme le secours de la force armée pour se faire ouvrir les portes du domicile conjugal (1), il reste en effet que cette aide lui est refusée pour ramener le mari qui l'a quittée. On en donne pour raison que le retour du mari opéré *manu militari* serait incompatible avec la puissance que la loi lui reconnaît sur l'épouse ; l'argument ne porte pas, du moins tant que le mari refuse simplement de rentrer au domicile conjugal aussi longtemps que la femme y demeurera, sans prétendre déplacer ce domicile ; ce qui heurterait sa dignité et méconnaîtrait sa suprématie, ce serait de l'obliger à résider en un lieu choisi par la femme, ce ne serait pas de le contraindre à cohabiter, selon son devoir et selon la loi. Si nous n'acceptons pas non plus que la femme puisse faire ramener son mari par la force publique, c'est simplement pour les raisons qui nous ont déjà paru militer contre la violence et surtout parce que cette mesure ne nous paraît pas apte à procurer l'exécution réelle du devoir de cohabitation.

1. Paris, 7 décembre 1824. D. *Rép. Mariage*, n° 768. — Trib. civ. Seine, 6 septembre 1902 (*Gaz. trib.*, 1^{er} novembre. — *Droit*, 8 novembre). — Paris, 7 janvier 1903 (*Gaz. trib.*, 15 janv.).

Quoi qu'il en soit, et quoi qu'ils prétendent, ceux qui accordent l'emploi de la force pour ramener la femme et le refusent pour ramener le mari, consacrent entre les époux une inégalité qui n'est ni dans la nature des choses ni dans l'esprit de la loi.

La force armée atteindra la femme dans sa personne, le mari seulement dans un objet matériel : sa maison. Rien ne l'empêchera de s'écarter momentanément pour ne pas recevoir lui-même sa femme des mains de l'autorité, s'il juge cette contrainte humiliante pour lui (1).

Le mari abandonné est fondé à refuser les aliments à sa femme. Par analogie, la femme, délaissée ou chassée, a droit sous certaines conditions à une pension alimentaire, représentative des fournitures dont le mari eût dû l'entretenir au domicile conjugal (2).

Les biens du mari garantiraient le paiement de cette pension. En dehors de là et dans le seul but de vaincre la résistance de l'époux, la femme serait-elle admise à saisir les revenus personnels de ce dernier ? Les auteurs eux-mêmes qui soutiennent la légitimité de ce procédé à l'encontre de la femme en proscrivent ici l'usage. Ils violent une fois de plus

1. Morizot-Thibault, p. 179.

2. Nous approfondirons cette question dans le chapitre consacré au devoir alimentaire.

l'égalité qui doit, quant à la cohabitation, présider aux rapports conjugaux.

Au fond, n'avouent-ils pas, par cette différence de traitement injustifiée, l'énormité des mesures de ce genre ?

La jurisprudence n'échappe pas à cet illogisme.

La Cour de Lyon notamment a refusé de contraindre un mari, par la saisie de ses biens, à l'exécution d'un jugement qui l'avait condamné à recevoir sa femme.

Dans cette espèce, l'avocat général avait estimé que la Cour n'avait pas d'autres moyens de faire cesser la rébellion du mari que de le condamner à des dommages et intérêts proportionnés au tort causé par son obstination (1).

Qu'ils soient fixés en bloc ou par jour de retard, nous n'en accepterions pas davantage l'allocation qu'au cas de désertion de la femme et ce, pour les mêmes raisons.

1. Voir Lyon, 30 novembre 1811. S. 1812. 2.63.

CHAPITRE III

LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS COMME SANCTION DU DEVOIR DE COHABITATION

Les voies de droit proposées pour garantir l'exécution du devoir de cohabitation sont pour la plupart contestables et illusoires. L'époux délaissé peut-il du moins invoquer la cessation irrégulière de la vie commune en vue de la rupture ou du relâchement du lien conjugal ?

§ 1. — *Législation intermédiaire* *Travaux préparatoires du Code civil et la loi* *du 27 juillet 1884.*

Le décret-loi du 20 septembre 1792 (1) mettait, au nombre des causes déterminées de divorce, l'abandon de la femme par le mari ou du mari par

1. Art. 4. — Voir l'application de cette disposition dans Bordeaux, 28 floréal an IX (*J. du Pal.*, ans IX-X, p. 194). — Cass., 11 fructidor an XII. (*J. du Pal.*, ans XII-XIII).

la femme pendant deux ans au moins, et l'absence de l'un d'eux sans nouvelles pendant cinq ans.

Au cas d'absence, sans intervention judiciaire, l'officier de l'état civil prononçait *de plano* le divorce, sur la seule présentation par le demandeur d'un acte de notoriété attestant le fait de l'absence et sa durée réglementaire.

Ces facilités exagérées devaient même se trouver étendues à l'abandon du domicile conjugal ayant duré plus de six mois, sans nouvelles. Là encore, aux termes du décret des 4-9 floréal an II, article 2, le demandeur obtiendrait son divorce du seul officier de l'état civil, sans enquête, sans appeler l'époux déserteur, toujours sur le vu d'un acte authentique ou de notoriété constatant l'abandon (1).

Une pareille simplification permettait en réalité aux conjoints de divorcer par caprice, *ad nutum*. Pourquoi se soumettre aux formalités protectrices du divorce par consentement mutuel ou pour incompatibilité d'humeur ? Ils pouvaient atteindre le même résultat au moyen d'un bref éloignement concerté.

Cette législation présentait un autre inconvénient. Le fait de l'abandon, une fois établi, constituait une

1. L'article 1 disposait de son côté : « Lorsqu'il sera prouvé par un acte authentique ou de notoriété publique que deux époux sont séparés de fait depuis plus de six mois, si l'un d'eux demande le divorce, il sera prononcé sans aucun délai d'épreuve. »

cause péremptoire de divorce, sans que ni le juge ni, selon les cas, l'officier de l'état civil pussent rechercher les motifs de la désertion et, s'ils étaient plausibles, maintenir le lien conjugal.

Le décret du 15 thermidor an III suspendit l'effet du décret de floréal an II.

Comme le décret du 20 septembre 1792, l'un des projets du Code civil mettait l'absence déclarée au nombre des causes de divorce, celui-ci toutefois ne pouvant être prononcé qu'un an après le jugement de déclaration d'absence. Lors de la discussion, cette disposition fut renvoyée au titre de l'absence et, finalement, supprimée. L'absence, même déclarée depuis plus de trente ans, n'entraîne donc pas le divorce. Au reste, l'auteur même du projet d'article 8, Boulay, déclara qu'il n'avait « proposé la cause d'absence que pour suppléer la cause d'abandon » (1). De son côté, le projet de Berlier sur la séparation de corps et le divorce admettait entre autres causes « le délaissement ou l'abandon de l'un des époux par l'autre » (2).

Mais l'exemple des scandales qui avaient suivi la

1. Locré, t. V, p. 117. (Séance du 24 vendémiaire an X.)

2. Locré, t. V, p. 104. et suiv. — Dans le projet Berlier, il y avait d'autre part ouverture à divorce sans débats judiciaires « lorsque l'un des époux absent depuis plus de cinq ans sans qu'on ait reçu de ses nouvelles avait été déclaré tel par jugement ».

loi de 1792 et surtout le décret de l'an II avait assagi l'esprit des législateurs. Ils paraissent s'être préoccupés essentiellement d'éviter la confusion entre le simple éloignement, fait matériel en soi indifférent, et le délaissement qui comporte un élément psychologique : l'intention. Ce souci apparaît constamment au cours de la discussion au Conseil d'Etat. Regnier distingue « l'absence, qui peut n'être qu'un accident, de l'abandon criminel, qui peut donner lieu à la dissolution du contrat ». Portalis, suivi par Thibaut, n'accepte le divorce pour absence que dans l'hypothèse où « l'absent s'éloigne par des motifs criminels de sa famille et de ses enfants » (1).

Finalement la cause d'abandon fut écartée comme « trop difficile à définir » et « rentrant dans la cause des sévices et mauvais traitements » (2) et aussi comme « étant encore un moyen de rompre le mariage par la volonté d'un seul » (3) ou par le consentement mutuel que l'on avait voulu bannir.

La remarque au reste avait été faite par plusieurs tribunaux d'appel (4). A la vérité, l'abandon consti-

1. Loqué, t. V, p. 120 et 121.

2. *Idem*, p. 117 (obs. de Boulay).

3. Tronchet, *idem*.

4. Fenet, t. III, p. 9 et 212 ; t. IV, p. 427. — Le tribunal d'Agen et le tribunal de Bourges ajoutaient que la nouvelle disposition permettrait d'obtenir le divorce plus rapidement. Le tribunal de Montpellier eût voulu que l'abandon ne donnât lieu qu'à une séparation temporaire.

tue plutôt une injure grave que des sévices ou mauvais traitements. L'intention des rédacteurs du Code n'en apparaît pas moins clairement. Ils ont voulu supprimer la cause péremptoire de divorce résultant de l'abandon.

Mais ils n'ont nullement entendu dire que sous la nouvelle législation l'abandon ne pourrait jamais entraîner le divorce. Seulement le fait matériel de la désertion ne pourra jamais être séparé de l'intention qui l'a provoqué. Ce n'est pas l'éloignement en soi, mais son caractère outrageant à l'égard du délaissé qui motivera le divorce ou la séparation de corps.

Ces idées conservent leur valeur depuis la loi du 27 juillet 1884. En rétablissant le divorce, aboli le 8 mai 1816, elle n'a pas davantage que le Code érigé le refus de cohabiter en cause déterminée, mais il fut dit au cours de la discussion qu'il pourrait être considéré comme injure grave. Quant à l'importance attachée par le législateur de 1884, comme par son prédécesseur de 1804, à la recherche des motifs de la désertion, elle ressort assez du rejet par le Sénat de la cause d'absence. On avait fait valoir, il est vrai, que l'absence elle-même peut résulter de la volonté du conjoint de ne pas donner de ses nouvelles. Mais M. Bathie observa avec justesse qu'elle dégénérerait alors en abandon (1).

1, Le projet voté par la Chambre et transmis au Sénat le

§ 2.— *A quel titre et dans quelles conditions
la violation du devoir de cohabitation peut motiver
le divorce ou la séparation*

Que la violation du devoir de cohabitation puisse, selon les circonstances, entraîner le divorce ou la séparation, c'est là un principe que, fidèles aux indications fournies par les travaux préparatoires du Code civil et de la loi nouvelle, les auteurs et la jurisprudence ont constamment déduit de l'article 231. En effet cet article, en admettant le divorce pour injures graves de l'un des époux envers l'autre n'entend pas seulement parler des injures verbales, mais il résulte de la généralité de ses termes « que des injures d'un autre genre qui blessent profondément le rapport conjugal et violent à un haut degré les droits et devoirs du mariage, doivent aussi donner à la partie injuriée le droit de demander le divorce » (1). Aux juges il appartient de décider souverainement si les faits allégués rentrent dans cette notion d'injure ainsi élargie (2).

27 juin 1882 faisait de l'absence une cause péremptoire de divorce ; la commission du Sénat ne l'admettait que comme cause facultative et pourvu qu'elle ait duré cinq ans. Le Sénat rejeta définitivement ce motif de divorce le 7 juin 1884. (*J. off.*, 8 juin 1884, p. 104, col. 1.)

1. Cologne, 19 août 1844.— Coulon, t. III, p. 20.

2. Cass., 24 février 1892. S. 92. I. 367.— Cas. Req., 10 juillet

Sous le bénéfice de ces observations, à quelles conditions le délaissement d'époux pourra-t-il motiver le divorce ou la séparation ? Le fait matériel de l'éloignement devra d'abord être incontestable et la rupture de la vie commune rendue évidente. Le demandeur devra donc justifier, normalement par l'original d'une sommation, de ses efforts pour ramener son conjoint à reprendre l'existence conjugale. Comme le dit un arrêt de Rouen du 16 juillet 1828, il n'y a véritablement abandon qu'autant que la rupture s'étend à tous les rapports et communications entre époux et que leur isolement est complet (1).

Cet élément manquerait si, par exemple, la femme se bornait à visiter ses parents plus fréquemment que le mari ne le souhaiterait (2).

De même la volonté du mari de ne pas cohabiter ne serait pas suffisamment démontrée si son refus de recevoir l'épouse était suivi presque aussitôt d'une offre de reprendre la vie commune (3).

La rupture doit être non seulement intégrale et

1900. D. 1900. 1. 471. — Cas. Req., 29 octobre 1900. D. 1900. 1. 555. — Cas. Req., 17 octobre 1900. D. 1900. 1. 555.

1. Cité par Lesenne, article signalé. — En ce sens aussi : Gray, trib. civ., 8 novembre 1889. *Loi*, 4 janvier 1890.

2. Trib. Amiens, 15 décembre 1886. Cf. Weill, thèse, 1906.

3. Trib. Saint-Claude, 13 mars 1889. S. 89. 2. 156.

définitive, mais aussi volontaire, libre, spontanée, consciente (1).

Par suite n'est pas injurieuse la retraite du mari aux fins d'échapper à des poursuites criminelles, aux conséquences d'une condamnation par contumace (2); il faut en dire autant de la fuite d'un individu pressé par ses créanciers ou désireux de ne pas procéder lui-même à la liquidation d'une situation embarrassée (3), autant encore de l'éloignement d'un commerçant après faillite.

(Bien entendu, si les circonstances : amnistie, prescription de l'action ou de la peine, venaient à mettre l'époux à l'abri, sa non-réintégration du domicile commun prendrait le caractère outrageant (4), selon les circonstances).

Ne motiverait pas davantage le divorce la retraite de la femme due à la pression de sa famille (5).

En réalité, dans ces différentes hypothèses, il n'y a pas abandon, l'intention de délaisser son conjoint manquant chez le fugitif (6).

1. Trib. Seine, 25 mars 1904 (*Droit*, 26 mai). — Cf. tr. Coulommiers, 19 février 86 (*Loi*, 7 mars).

2. Paris, 11 février 1887 S. 87. 2. 88.

3. Trib. Seine, 14 juin 1897 (*Gaz. Trib.*, 23 septembre). — Caen, 7 mars 1899; (*Rec. Caen*, 99, p. 55).

4. Trib. Cambrai, 16 juin 1887 (*Loi*, 2 août). — Paris, 18 avril 1888. D. 90. 5. 161.

5. Trib. Seine, 25 mars 1904, précité.

6. En ce sens Hitier, brochure citée. — Valensi. *L'application de la loi du divorce en France*.

Arrivons à l'abandon proprement dit, c'est-à-dire à l'éloignement absolu, accompagné de la ferme volonté de rompre la vie commune. Amènera-t-il nécessairement le divorce ou la séparation ? La négative résulte des explications déjà données. La violation du devoir de cohabitation ne figurant plus au nombre des causes déterminées, le demandeur n'obtiendra gain de cause qu'autant que les juges auront reconnu, manifestée par l'abandon, l'existence d'une injure grave.

Il se pourra que cette intention outrageante soit nettement révélée par les circonstances qui auront précédé, accompagné, suivi la désertion, notamment par les paroles blessantes prononcées par l'époux rebelle.

L'injure n'est pas douteuse non plus si la femme vise, par sa fuite, à se dérober aux rapprochements sexuels (1), si elle déclare au cours d'une instance judiciaire ou dans une lettre qu'elle sera heureuse de divorcer avec un mari qu'elle méprise (2), si elle emporte avec elle l'argenterie du ménage, la réalise et mène, sur le produit de la vente, une existence de débauche et de fête, si elle erre de ville d'eau en

1. Trib. Seine, 15 mars 1887 (*France judiciaire*, 1888, p. 386). Même solution à l'égard du mari.

2. Bordeaux, 12 février 1906 (*Droit*, 9 mai 1906). — Cf. Trib. Bruxelles, 17 janv. 1857 (*Belg. Jud.*, 1857. 554). — Coulon, t. IV. — Anvers, 4 février 1865 (*Pand. Belges. Rép. Divorce*, n° 97).

ville d'eau, gaspillant sa fortune au jeu ou dans la boisson (1). L'injure n'est pas davantage douteuse si le mari mène une vie vagabonde depuis son départ, surtout si ce genre d'existence lui a valu des condamnations correctionnelles (2) ; s'il a laissé sans ressources sa femme et ses enfants (3) ; s'il vit d'expédients ou d'escroqueries ; s'il a emporté, en abandonnant le domicile conjugal, des valeurs propres à l'épouse, alors surtout qu'il n'a contracté mariage qu'avec l'intention de la dépouiller (4).

D'une façon générale, les tribunaux tiennent compte des atteintes portées, en même temps qu'à l'obligation de mener vie commune, aux autres devoirs qui découlent du mariage, comme aussi du plus ou moins de possibilité d'une reprise de la vie commune (5). Il arrive à l'inverse que des faits extrinsèques démontrent jusqu'à l'évidence que l'époux qui se refuse à cohabiter n'y est incité par aucun sentiment de mépris. Notamment ne peut être prononcé le divorce ou la séparation pour injure grave dans les hypothèses suivantes : si l'abandon du

1. Anvers, 14 juillet 1883 (*Pasicr.*, 1883, p. 325). — Lyon, 15 mai 1896 (*Gaz. Pal.*, 97. 1. 63).

2. Paris, 23 janvier 1890 (*Loi*, n° du 25 mars).

3. Nancy, 4 juin 1887. — Coulon, t. IV.

4. Trib. Lyon, 5 avril 1906 (*Moniteur Lyon*, 7 mai 1906).
— Lyon, 22 mai 1907 (*Gaz. Trib.*, 1907, vol. II, p. 442).

5. Seine, 18 novembre 1904 (*Gaz. Pal.*, 1905. 1. 36).

domicile par la femme est la suite des manœuvres du mari, qui l'a provoqué par l'envoi de lettres d'un prétendu amant (1) ; si elle n'est retournée chez son père et ne persiste à y demeurer que pour soigner celui-ci, vieux et malade (2) ; si, en dehors de toute opposition du mari, elle a embrassé la carrière lyrique et participe à des tournées en province (3). Il n'y a pas non plus injure grave si l'abandon du domicile conjugal s'est effectué au grand jour, sans intention de résister à l'autorité maritale ni de rejoindre un complice. Du moins la Cour de Chambéry a cru voir dans cette absence de clandestinité l'atténuation du grief invoqué par le mari (4).

N'est pas non plus suffisamment injurieuse pour motiver le divorce la retraite de l'épouse qui se dispose elle-même à assigner son mari en séparation de corps et qui a déjà constitué avoué (5). L'injure grave fait encore défaut s'il a été convenu que la vie commune ne commencerait qu'à une certaine époque, à laquelle est antérieur l'éloignement de la femme (6), ou si la sommation de réintégrer adressée

1. Trib. Seine, 24 novembre 1886. — Coulon, t. IV.

2. Bruxelles, 17 juillet 1889 (*Gaz. Pal.*, 19 novembre 1889)

3. Trib. Seine, 13 mai 1901 (*Loi*, n° du 24 juin).

4. 25 janvier 1904 (*Loi*, 15 mars).

5. Trib. Seine, 14 mai 1887 (*Gaz. Pal.*, 1887.1 709).

6. Seine, 20 décembre 1887 (*Gaz. Pal.*, 1888. 1. sup. 59).

par le mari a pour unique objet de créer à ce dernier une cause de divorce (1).

D'une manière moins spéciale, le tribunal de Vouziers, le 14 mars 1906, a déclaré que le fait matériel, par une femme, d'avoir quitté la demeure du mari pour se retirer dans sa famille ne suffit pas pour constituer à l'égard de son conjoint une injure grave, s'il est prouvé qu'elle a été déterminée par une cause sérieuse émanant d'une faute de ce dernier (2) ; n'encourt pas non plus le divorce la femme qui ne refuse de réintégrer que parce que la reprise de la vie commune exposerait sa santé à des dangers dont la réalité ressort de constatations médicales (3).

Plus généralement la femme ne s'expose pas au divorce ni à la séparation dans les hypothèses, que nous avons précédemment déterminées, où les tribunaux peuvent la dispenser temporairement de cohabiter. Il en est ainsi non seulement au cas où le mari ne lui assure pas une vie matérielle suffisante, mais encore au cas où il ne lui garantit pas sa dignité et sa sécurité (4). La jurisprudence tend de plus en

1. Bruxelles, 3 janvier 1901 (*Pasicr.*, 1901, p. 189).

2. *Gaz. Pal.*, 12 mai 1906.

3. Trib. Seine, 18 février 1886 (*Loi*, 28 février).

4. Seine, 20 décembre 1887 (*Gaz. Pal.*, 1888. 1. 59).

— Seine, 18 novembre 1904 (*Gaz. Pal.*, 1905. 1. 36). — Cas. Req., 27 janvier 1908 (*Pand. fr.*, 08. 1. 144), déclarant que la

plus à excuser la retraite de la femme alors même que les raisons de sa détermination paraissent assez peu graves, comme si elle souffre simplement de l'influence exercée sur son mari par une servante ou même d'un désaccord de goûts, d'habitudes, d'éducation avec les parents du mari qui habitent avec le ménage (1).

De son côté, le mari ne commet pas une injure grave, si, à la suite de mauvaises affaires, il s'expatrie pour tenter la fortune, avec l'intention de faire profiter sa famille des ressources qu'il se procurera (2), ni s'il n'abandonne sa femme que parce qu'elle méconnaît son autorité et tente d'y soustraire même les domestiques.

Enfin l'intention outrageante ne se rencontre pas lorsque le refus de cohabiter n'intervient qu'à la suite d'une séparation amiable entre les conjoints ou d'une entente en vue d'un divorce par consentement mutuel (3).

désertion de la femme, si elle est motivée par des scènes violentes du mari, n'est pas de nature à entraîner le divorce.

1. Trib. Château-Gontier, 16 juin 1903 (*Gaz. Pal.*, 1904.1. 240).

2. Seine, 18 juillet 1889 (*Loi*, 15 août). — Trib. Bagnères-de-Bigorre, 4 août 1905, dans *Tr. jud.*, 1906. 2. 167, surtout s'il a annoncé qu'en cas d'insuccès il ne reviendrait pas et a régulièrement écrit à sa femme.

3. Trib. Seine, 2 novembre 1899. D. 1900. 2. 298. Spécia-

Le désaccord survient lorsqu'aucun fait accessoire, imputable ou non à l'un ou à l'autre des conjoints, ne révèle ni n'exclut chez le déserteur la volonté injurieuse.

Les juges sont-ils alors fondés à rechercher l'injure dans l'abandon lui-même, dans les éléments constitutifs de cet abandon ?

L'affirmative fut nettement soutenue, sous le régime de la séparation de corps, par trois décisions relatives au différend survenu entre une dame Vasnier et son mari, lequel, abandonnant sa femme, avait fixé sa résidence chez son fils. Le tribunal de Caen, le 9 mars 1858, accorda la séparation à la délaissée, sur ce fondement que la désertion du sieur Vasnier, en l'absence de toute excuse légitime, constituait en soi une injure grave. Sur appel de Vasnier, la Cour, avant faire droit, le mit en demeure de reprendre la vie commune. Faute par lui d'obtempérer, elle confirma le jugement du 9 mars 1858, s'appuyant principalement sur la persistance de Vasnier, sans excuse légitime, à se tenir éloigné du domicile conjugal. Enfin, la Cour de cassation, le 6 février 1860, rejeta le pourvoi formé par Vasnier,

lement, il n'y a pas lieu à divorce quand, en fait, l'éloignement de la femme n'a eu lieu que du consentement tacite du mari, qui n'a pas manifesté nettement son intention de le faire cesser avant l'instance en divorce (Cas. Req., 11. décembre 1888. Pand. fr., 1889. I. 347. D. 1890. 5. 158).

par le motif que la Cour de Caen n'avait pas outrepassé son pouvoir en appréciant le caractère injurieux de l'abandon. La Cour suprême laissait ainsi intacte la conception de la juridiction d'appel (1).

Depuis le rétablissement du divorce, on peut citer dans le même sens un jugement du tribunal de Langres du 13 août 1884, d'après lequel l'abandon par la femme du domicile conjugal dégénère en injure, par le seul fait qu'il n'est pas justifié « par de puissants motifs tirés soit de sa dignité méconnue, soit de sa sécurité compromise » (2). L'arrêt ne conteste pas que le divorce ne puisse être ici prononcé qu'au titre d'injure grave, mais celle-ci, selon lui, existe, du moment que l'abandon ne s'explique pas par une raison plausible.

D'autres décisions, moins formelles, n'en impliquent pas moins une conception identique, tel l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 20 novembre 1860 (3). Une femme avait quitté le domicile conjugal, commun avec ses beaux-parents. Le tribunal de Charolles et la Cour de Dijon avaient refusé au mari la séparation qu'il demandait sur ce grief. Son pourvoi fut rejeté, par la raison que la femme ne pouvait demeurer dans ce logis que la famille du mari lui

1. D. 60. 1. 122.

2. *Gaz. Pal.*, 84. 2. 329.

3. D. 61. 1. 305.

rendait intolérable par de multiples vexations. Le soin avec lequel la Cour suprême relevait les circonstances propres à excuser la conduite de l'épouse montre clairement qu'elle aurait considéré l'abandon comme injurieux en soi, s'il n'avait pas eu de motif légitime.

Une autre doctrine inspira, le 7 mai 1885, le tribunal de la Seine, dans une espèce particulièrement significative.

Le mari basait en effet sa demande en divorce sur ce fait unique que sa femme avait abandonné le domicile conjugal depuis trente-trois ans. Il fut débouté parce que, disait le tribunal, « les documents de la cause, la correspondance produite aux débats, n'établissaient en aucune façon que la dame X... eût été déterminée par aucun motif injurieux, qu'il ne paraissait pas qu'elle eût, soit au moment de son départ, soit depuis cette époque, manifesté pour lui une intention méprisante de nature à constituer une injure grave ; que sa détermination semblait bien plutôt le résultat d'une absence d'affection vis-à-vis de son mari et d'une indifférence absolument inexplicable vis-à-vis de sa fille ; mais que dans ces conditions le refus persistant de la dame X... d'habiter avec son mari n'était pas de nature à constituer une injure grave susceptible de servir de base à une demande en divorce » (1).

1. *Gaz. Pal.*, 1885. 2. 88. S. 86. 2. 64.

On ne pouvait affirmer plus catégoriquement que l'abandon isolé de toute circonstance extérieure ne constituait jamais une cause de divorce. La même Chambre du tribunal répudia pourtant cette affirmation, sur les conclusions de l'avocat de la République Jacomy, dans un jugement du 11 mars 1886. Aux termes de cette décision, « l'abandon injustifié entraîne la violation de tout un ensemble d'obligations étroites et réciproques envers la personne et cette violation laisse à la charge de son auteur, surtout quand elle est confirmée par le long temps écoulé et par la perte de tout esprit de retour, une injure beaucoup plus grave que ne le pourrait faire l'emploi d'invectives grossières ou d'imputations outrageantes ; elle contient d'ailleurs une manifestation publique et continue de mépris ou d'aversion » (1).

Ce revirement n'a pas empêché certaines juridictions d'exiger encore depuis 1886, pour prononcer le divorce, l'existence de circonstances externes constitutives de l'injure. Ainsi le tribunal de la Seine lui-même a rejeté le divorce le 2 mars 1891, faute de pareilles circonstances (2) ; le 9 novembre 1891 il ne l'admit qu'en relevant soigneusement les faits extrinsèques qui trahissaient une intention outrageante (3).

1. *Gaz. Pal.*, 1886. 1. 510.

2. *Loi*, 1891, p. 402.

3. *Gaz. trib.*, 4 déc. 1891.

La jurisprudence semble pourtant s'être fixée dans le sens que l'abandon persistant, par la femme ou par le mari, du domicile conjugal, présente par lui-même le caractère injurieux, du moment qu'il ne trouve pas d'excuse (1).

*
* *

Quant au refus par le mari de recevoir sa femme, il s'entourera souvent de circonstances injurieuses et sera alors, sans conteste, éminemment propre à motiver le divorce ou la séparation de corps.

Il en sera ainsi si l'expulsion de la femme a eu lieu devant d'autres personnes (2), si le refus du mari s'accompagne d'insultes (3), s'il a renvoyé sa femme du domicile commun, après un mois de cohabitation, sans avoir consommé le mariage (4).

Par contre, nombre d'arrêts déclarent que tout caractère injurieux peut être exclu par les circonstances du refus.

1. Paris, 13 mai 1898 (*Le Droit*, 19 juin 1898). — Amiens, 30 nov. 1887. D. 90. 5. 158 ; S. 88. 2. 87. — Tr. Seine, 17 mai 1898 (*Loi*, 18 juillet).

La même solution semble résulter implicitement de Caen, 23 déc. 1899 (*Rec. Caen*, 1899, p. 227). Aussi Paris, 22 mars 1905 (*Loi*, 18 déc.), 23 novembre 1905 (*Loi*, 20 décembre).

2. Cologne, 19 août 1844. Coulon, III, p. 20.

3. Paris, 21 mars 1877. S. 77. 2. 119.

4. Trib. Seine, 10 juillet 1899. *Rec. Gaz. trib.*, 1^{er} vol. 1900.
2. 176. — Cf. Bruxelles, 28 juillet 902. *Pasicr.* 03. 2. 89.

Il en sera ainsi si ce refus n'intervient qu'à la suite d'une retraite volontaire de la femme (1), surtout si elle a entouré de notoriété l'existence séparée qu'elle s'est créée (2).

De même, la femme ne saurait tirer un grief de nature à justifier une demande en divorce du fait que son mari a refusé de la recevoir, s'il la croyait atteinte de maladie vénérienne (3).

Le refus du mari a encore été excusé en considération de ce que, sa femme ayant intenté contre lui une demande peu fondée en séparation, il se proposait de demander reconventionnellement le divorce et eût craint, en la recevant chez lui, de compromettre sa situation (4).

Il n'y a pas non plus injure grave si le refus du mari se produit à la suite d'une instance en séparation dont la femme a été déboutée et après un premier retour au domicile conjugal qu'elle a ensuite abandonné (5).

Ni s'il s'explique par l'intention du mari — aussitôt réalisée — d'introduire une demande en divorce 6.

1. Paris, 10 janvier 1852. D. 52. 5. 498.

2. *Id.*, 31 mars 1873. S. 74. 2. 1.

3. Paris, 13 avril 1897. D. 98. 2. 137.

4. Rouen, 26 mars 1898. *Rec. Rouen*, 99, p. 16.

5. Tr. civil Seine, 21 novembre 1900. *Rec. Gaz. tr.* 1^{er} vol. or. 2. 365.

6. Amiens, 20 mars 1901. *Rec. Amiens*, or, p. 55,

Ni s'il s'explique par l'inconduite notoire de la femme (1) ou même par sa légèreté (2).

Ne constitue pas davantage une injure grave le fait par le mari de jeter violemment sa femme à la porte alors qu'elle a commencé par l'injurier, surtout si sa volonté de réintégrer ne résulte pas suffisamment d'une notification ou d'une sommation régulières et précises (3).

En dehors de toutes circonstances aggravantes ou atténuantes, retrouve-t-on, dans l'appréciation du refus marital, les deux tendances manifestées par la doctrine et la jurisprudence à l'égard de l'abandon d'époux ?

Rares à la vérité sont les décisions, rejetant le divorce ou la séparation de corps, qui paraissent déterminées par la seule considération que le fait même du refus, abstraction faite des conditions dans lesquelles il se produit, ne constitue pas l'injure grave (4). Par contre, il a été jugé fréquemment que ce fait matériel, pris en soi et isolément, donnait ouverture au divorce ou à la séparation (5).

1. Montpellier, 16 janvier 1902. D. 02. 2. 288. — Alger, 25 avril 1893. S. 93. 2. 184.

2. Tr. Beauvais, 18 juillet 1895. *Gaz. tr.* 14 août 1895.

3. Seine, 18 novembre 1904. *Gaz. tr.*, 1^{er} vol. 05, p. 36.

4. Le principe est posé nettement par un jugement de Perpignan du 25 mai 1901, dont les motifs ont été adoptés par un arrêt de Montpellier du 16 janvier 1902. D. 02. 2. 288.

5. Trib. civil Saint-Jean-d'Angély, 16 mai 1885. *Droit*,

Comme en matière d'abandon, les tribunaux se laissent souvent influencer par des considérations de fait, notamment par la possibilité ou l'impossibilité d'une reprise de la vie commune (1).

D'autre part, à côté des deux modes d'interprétation que nous avons signalés, se manifeste une troisième tendance ; en effet, en matière d'abandon, la jurisprudence la plus sévère pour le déserteur se borne à présumer toujours l'intention injurieuse, sauf à admettre la destruction de cette présomption par l'allégation de faits extrinsèques ; au contraire, il fut souvent jugé que le refus du mari de recevoir sa femme, volontaire et bien établi, constituait nécessairement l'injure grave, même provoqué par l'inconduite notoire de l'épouse ou par toute autre raison sérieuse. Rappelons que se décidèrent en ce sens les Cours de Metz (5 avril 1865), d'Angers (8 avril 1829), la Cour suprême (27 janvier 1874), la Cour de Rouen (5 février 1898) et que cette jurisprudence

3 juin 1885. — Paris, 17 avril 1888. *Loi*, 2 mai 1888. — Cas. req., 6 novembre 1888. S. 89.1.64. — Besançon, 26 juillet 1889. S. 89. 2. 156, qui ne refuse dans l'espèce de reconnaître l'injure grave que parce que le mari avait ultérieurement offert à sa femme de reprendre la vie commune. — Trib. civ. Seine, 20 mai 1897. *Loi*, 13 juillet 1897. — Cf. Dijon, 19 février 1890. *Gaz. Pal.* 90.1.427. — Peut-être Bruxelles, 28 juillet 1902. Pas. 03, p. 89.

1. Cas., 6 novembre 1888, précité. — Trib. civ. Saint-Claude, 13 mars 1889. S. 89. 2. 156.

peut se réclamer de l'autorité de MM. Laurent et Louis Renault (1).

*
* *

D'une manière générale, à quel système donnons-nous la préférence, touchant la violation du devoir de cohabitation ? Nous refuserons-nous à chercher l'injure ailleurs que dans les conditions où se produit cette violation ? Soutiendrons-nous que la rupture même de la vie commune implique l'intention outrageante, les circonstances extérieures ne pouvant servir qu'à combattre cette présomption d'outrage ?

Et d'abord, comment naquit cette dernière doctrine ? Elle provient vraisemblablement du désir des tribunaux d'accorder le divorce ou la séparation en des cas où les époux paraissaient légitimement répugner à la vie commune et où pourtant l'interprétation stricte de la loi se fût opposée à la satisfaction de leurs souhaits. Pour remédier à ces situations dignes d'intérêt, la jurisprudence, de même qu'elle tendait à mettre en jeu la responsabilité civile pour des fautes de plus en plus légères, en vint à éliminer de la notion d'injure l'élément intentionnel et à s'attacher à peu près exclusivement au préjudice subi. Dès

1. Ajoutez : trib. civ. Muret, 11 juin 1891. *Loi*, 1891, p. 757.

lors, tout acte volontaire et conscient de l'un des conjoints, contraire à l'esprit des rapports matrimoniaux, qui atteignait l'autre conjoint dans son honneur ou dans sa considération, devenait outrageant (1). Plus précisément, toute violation volontaire d'une obligation essentielle du mariage constituait, par nature, l'injure grave, que son auteur ait eu ou non l'intention de léser l'autre époux (2). Par application de ces idées, les tribunaux ont prononcé le divorce ou la séparation à raison du fait-même, pourvu qu'il fût conscient, du refus d'obéissance par la femme ou de la non-prestation du devoir conjugal (3). Il se peut que ces résolutions soient psychologiquement défendables. L'œuvre prétorienne de la jurisprudence n'en aboutit pas moins à réduire toutes les causes de divorce en une cause unique et globale, dont les causes péremptoires elles-mêmes ne seraient que des variétés, spécialement désignées par la loi à cause de leur gravité. Or, rien ne permet de supposer que tel ait été le principe qui a guidé le législateur.

Pour légitimer l'application de ce concept nouveau de l'injure au refus de cohabitation, il faudrait tirer

1. Cf. Bruxelles 17 octobre 1885. *Pasicr.*, 1886, p. 261.

2. Cf. Laurent. *Sup.* t. I. n° 623.

3. Cas. Req., 12 nov. 1900 (*Gaz. trib.*, 1.50). — Trib. civ. Clermont-Ferrand, 9 août 1900 (*Moniteur Lyon*, 22 décembre).

du silence du Code des conclusions bien téméraires. Il faudrait affirmer que l'abandon n'a été supprimé, comme cause directe de divorce, que pour réserver aux juges la faculté de maintenir le lien conjugal toutes les fois que l'éloignement s'expliquerait par quelque contrainte matérielle ou morale. Mais il serait resté sous-entendu qu'il continuerait de constituer, comme sous la législation antérieure, une cause spéciale dont seul aurait disparu le caractère péremptoire. La logique condamne une telle interprétation. Du mutisme du Code comme de la loi de rétablissement du divorce, une seule certitude se dégage : à savoir que le divorce ne peut désormais être prononcé pour infraction au devoir de cohabitation qu'autant que cette infraction rentre dans l'une des causes prévues par le texte, dans le cadre légal de l'injure grave.

La théorie jurisprudentielle est aussi dangereuse qu'illégale. N'écarter le divorce que si les circonstances excusent la rupture de la vie commune, c'est rouvrir aux conjoints mal assortis l'accès du divorce pour incompatibilité d'humeur ou par consentement mutuel proscrits l'un par le Code, l'autre par la loi de 1884, et ce, en dehors des délais et des formalités tutélaires, mais coûteuses, qu'accumulait l'ancienne réglementation. Qu'on ne dénie pas toute portée à cette objection, sous prétexte que le concert des époux peut aussi faire naître les autres causes de

divorce. Devant le scandale des sévices publics ou le ridicule d'un adultère simulé, les parties reculeraient peut-être ; mais dans l'abandon devenu à lui seul cause de divorce, elles trouveront un moyen facile de suppléer à l'insuffisance de leurs griefs, sans compromettre leur honorabilité. A quoi bon se livrer l'un vis-à-vis de l'autre à un acte réellement injurieux devant témoins ? La femme quittera le domicile conjugal, se retirera chez ses parents. Le mari lui enjoindra de réintégrer ou bien elle-même le sommerá de la recevoir. Sur l'échec prémédité de la sommation et le constat par huissier du refus d'obtempérer, même non agrémenté de paroles blessantes, la justice libérera les époux d'un lien qui leur est devenu à charge. Le tribunal soupçonnera peut-être la machination, avouera même son doute, mais si la preuve de la fraude est impossible, le divorce n'en sera pas moins prononcé.

Même, les juges ne seront-ils pas tentés parfois de fermer les yeux sur la simulation ? Il faudrait le craindre, si l'on accordait quelque crédit à certaines décisions. Le tribunal de Château-Thierry n'a-t-il pas prétendu que lorsque les époux s'accordaient à demander la rupture du lien conjugal, il devait être tenu le plus grand compte de cette double volonté (1) ? Le tribunal de Montauban n'admit-il

1. Jugement du 12 décembre 1900 (*Gaz. trib.*, 29 décembre).

pas qu'au cas où, à raison d'une irréductible incompatibilité d'humeur, l'un des conjoints abandonnait le domicile conjugal, il y avait lieu de prononcer la séparation aux torts de l'un et de l'autre (1) ?

§ 3. — *Les infractions au devoir de la vie commune et la réforme du divorce*

L'évolution de la jurisprudence aboutit, nous l'avons vu, à ériger le refus par l'un des époux de mener vie commune en une cause spéciale de divorce ou de séparation de corps, pouvant toutefois ne pas opérer si les circonstances sont de nature à excuser l'auteur du refus.

Des idées analogues à celles qui inspirent nos tribunaux semblent avoir puissamment influé sur les partisans de l'élargissement du divorce.

C'est ainsi que la pétition des frères Margueritte demandait la mise au nombre des causes déterminées de divorce, en outre du refus par le mari de subve-

1. Jugement du 16 décembre 1903 (*La Loi*, 14 janv. 1904).

Les tribunaux belges s'efforcent au contraire de prévenir les collusions à la faveur desquelles, en simulant l'abandon de domicile et le refus de réintégration, les époux tenteraient d'aboutir à un divorce par consentement mutuel, en échappant aux formalités et aux conséquences de ce mode de divorce. (Trib. Verviers, 6 février 1901. *Pasicr.*, 1901. 3. 323.)

nir à l'entretien de sa femme quoiqu'en ayant les moyens, de la séparation de fait, volontaire et ayant duré un an, pourvu qu'elle fût constatée par acte authentique, ainsi que de l'absence de l'un des époux, sans donner de nouvelles, pendant deux années au moins. Il convient de remarquer que, si complètement qu'elle eût dépouillé l'injure de son élément intentionnel, la jurisprudence n'avait pas encore prononcé le divorce pour absence.

Ces causes de divorce figuraient également parmi les nombreuses causes spéciales qu'énuméraient la pétition Magnaud et la proposition Morlot, déposée le 15 décembre 1905 (1). Les autres infractions au devoir de cohabitation n'étaient pas expressément mentionnées, soit que les auteurs entendissent les laisser implicitement comprises parmi les injures graves, soit qu'ils les considérassent comme devant rentrer dans la formule générale indéterminée, selon laquelle les époux pourraient demander le divorce pour « toute cause non prévue qui paraîtrait au tribunal de nature à atteindre profondément le lien conjugal » (2).

1. *J. off.*; Doc. parl. Ch. Ses. extr. 1905, annexe 2863, p. 482.

2. Cf. proposition de la Société d'études législatives (*bulletin*, 1906, n° 2), aux termes de laquelle chaque époux peut demander le divorce, si l'autre l'a abandonné intentionnellement et refuse sans motif légitime de reprendre la vie commune.



Sous la présente législature, M. Maurice Viollette a déposé, le 19 février 1907, une proposition (1) organisant, sous le nom de procédures spéciales, le divorce pour aliénation mentale, abandon injustifié du demandeur par son conjoint depuis plus de trois ans, abandon déclaré de son conjoint par le demandeur. Sous ces différentes causes, observe M. Viollette, se retrouve en réalité une cause unique : la dislocation du foyer conjugal. Comme cette dislocation est déjà opérée en réalité lors de l'instance, il est inutile de conserver les procédures préliminaires, lesquelles tendent à une réconciliation ou à une restauration du ménage ici improbables et à l'organisation provisoire d'une vie séparée que les époux en cette occurrence mènent déjà. Le divorce instauré par M. Viollette serait seulement subordonné à l'établissement de la cause invoquée par une procédure appropriée et facile. L'existence de cette cause une

Le divorce ne peut être demandé, selon cette proposition, que lorsqu'une année au moins s'est écoulée depuis que le demandeur a fait sommation à l'autre de reprendre la vie commune. Le divorce, aux termes de la même proposition, peut aussi être demandé par l'époux dont le conjoint a été déclaré absent, pourvu que plus de dix ans se soient écoulés depuis les dernières nouvelles.

1. J. O. Doc. parl. Annexe 770. S. O., 1907, p. 155.

fois régulièrement démontrée, le juge devrait prononcer le divorce, sans pouvoir user d'aucune faculté d'appréciation.

A quelles conditions et comment cette institution fonctionnerait-elle dans le cas d'abandon imputable au défendeur ?

Cet abandon, qu'à tort Viollette qualifie d'absence, devrait avoir duré trois ans et n'être justifié par aucun cas de force majeure. Le demandeur devrait établir que à trois reprises différentes, chacune espacée d'une année au minimum, il a sommé son conjoint de réintégrer et qu'à ces sommations le déserteur n'a fait aucune réponse ou n'a répondu que vaguement, sans alléguer de cas précis de force majeure l'empêchant d'y déférer. L'assignation en divorce mentionnerait les trois sommations et les réponses provoquées. Le demandeur aurait d'ailleurs la faculté de combattre par la preuve contraire les allégations opposées par l'époux fautif.

Ces formalités accomplies, le divorce ne pourrait pas ne pas être prononcé. La cause d'abandon serait une cause péremptoire, échappant à la faculté d'appréciation que la Cour suprême laisse actuellement aux tribunaux en matière de refus de cohabitation. Aucun motif, même grave, invoqué par le défendeur, n'empêcherait l'abandon d'opérer, à moins de constituer le cas de force majeure. Là est l'innovation de

fond qu'apporterait sur ce point l'adoption de la proposition Viollette.

L'innovation est plus complète et plus hardie dans l'institution pour le déserteur lui-même de la faculté de faire prononcer le divorce. Il ne pourrait d'ailleurs introduire l'action qu'à la condition d'établir qu'il a à trois reprises différentes, séparées les unes des autres par un délai d'un an, signifié au conjoint délaissé, par acte extra-judiciaire, son intention de ne plus reprendre la vie commune. Il devrait en outre soumettre au tribunal un état de liquidation, celle-ci garantissant à l'époux abandonné et aux enfants communs moitié de sa fortune en usufruit, sans préjudice de la pension alimentaire que le tribunal aurait en cas de besoin la faculté d'allouer à ces personnes. Bien entendu, le divorce serait nécessairement prononcé aux frais et aux torts du demandeur. La garde des enfants serait toujours laissée au défendeur.

La proposition de M. Viollette paraît présenter quelques contradictions. Son auteur en effet n'a pas visé l'organisation d'une répudiation *ad natum*, mais bien plutôt il s'est efforcé d'établir un mode de preuve facile de la dislocation du foyer conjugal. Celle-ci sera le plus souvent imputable à l'incompatibilité d'humeur. Or le demandeur sera-t-il seul responsable de cette incompatibilité ? ne peut-on concevoir que la « victime » sera peut-être plus portée

que l'autre conjoint à user de cette procédure, aux fins d'éviter un scandale ? Dès lors, est-il juste de lui imposer toutes les charges, de la frapper de toutes les déchéances ? d'un autre côté la nécessité pour le juge de lui enlever la garde des enfants se conciliera-t-elle toujours avec leurs intérêts, avec les convenances de leur âge et de leur éducation ?

Il faut au surplus faire toutes réserves sur les dangers d'une procédure, renouvelée en un certain sens de la législation révolutionnaire, qui pourrait dissimuler d'odieuses transactions entre époux et à la faveur de laquelle s'opérerait peut-être un retour au libre divorce des Romains, tel du moins qu'il apparut après l'institution des *retentiones* et des autres peines d'ordre précuniaire (1).

1. Cf. *Lex Burg.*, titre XXXIV, § 3 et 4.

DEUXIÈME SECTION

Le devoir alimentaire dans son rapport avec la cohabitation.

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES ET ÉTENDUE DU DEVOIR MARITAL D'ENTRETIEN

Du mariage même découle pour les époux l'obligation réciproque de secours, consacrée par l'article 212. Mais sous cette forme, le devoir alimentaire du mari envers la femme ou de la femme envers le mari fonctionne rarement. La fusion de leurs existences entraîne, dans la conception de la loi, celle de leurs besoins et des ressources destinées à y subvenir. D'une masse unique sont tirées les sommes employées à l'entretien du ménage et de cette masse le mari est seul administrateur, sous réserve des principes nouveaux mis en vigueur par la loi du 13 juillet 1907.

A la formation de ce fonds commun, la femme apporte sa contribution suivant les règles tracées par la loi ou par la convention. Sous le régime de la communauté, cette contribution, la dot au sens large, consiste dans l'apport par elle de biens tombant dans cette communauté, dont le passif comprend, entre autres choses, les aliments des époux, l'entretien et l'éducation des enfants et autres charges du mariage (art. 1409, al. 5).

Si les époux se marient sans communauté, les fruits produits par les biens de la femme sont censés, dit l'article 1530, apportés au mari pour soutenir les charges du mariage.

Quand les époux ont adopté le régime de la séparation de biens, ils doivent contribuer aux charges suivant la proportion qu'ils ont eux-mêmes fixée ; à défaut de stipulations à cet égard, l'article 1537 fixe la contribution de la femme au tiers de ses revenus. Pour le cas de séparation judiciaire, l'article 1448 la veut proportionnelle aux facultés de l'un et de l'autre époux.

Sous le régime dotal, l'entretien du ménage est assuré au moyen des revenus personnels du mari et des revenus des biens dotaux, avec la faculté, en cas d'insuffisance, malgré le texte apparemment restrictif de l'article 1558, d'obtenir de la justice l'autorisation d'aliéner les biens dotaux. Au cas où tous les biens de la femme seraient paraphernaux

il appartiendrait au contrat de déterminer quelle portion elle devrait supporter des charges ; à défaut, elle y contribuerait à concurrence du tiers de ses revenus (art. 1575).

Ainsi, sous tous les régimes, sont centralisées aux mains du mari les ressources affectées aux besoins familiaux. Telle est la raison pour laquelle l'article 214 lui impose l'obligation spéciale et personnelle d'entretenir sa femme. De la combinaison des articles 212 et 214, il ressort qu'il doit subvenir à la dépense, même après épuisement de la contribution apportée par la femme. Après absorption seulement de ses revenus personnels et de ses capitaux, il est fondé à exiger d'elle l'exécution du devoir de secours, aux fins de pourvoir tant à sa propre subsistance qu'à celle du ménage.

Normalement, il appartient donc au mari de fournir à la femme nourriture, vêtements et autres objets nécessaires à la vie. Il ne semble pas qu'il faille en excepter les soins médicaux (1) ; toutefois la nature spéciale des rapports qui s'établissent entre

1. Grenoble, 19 février 1808 (*J. du Pal.*, 1808). — Trib. civ. Bordeaux, 2 mai 1904 (*Rec. Bordeaux*, 1905. 2. 25). — Cas. Req., 3 juillet 1907. Le principe que ces soins incombent principalement au mari n'est pas contredit par Bordeaux, 19 janv. 1903 (*Gaz. trib.*, 1903. 1. 2. 335). — Trib. civ. de Seine, 28 février 1905 (*Gaz. trib.*, 1906. 2. 142).

le médecin et son client entraîne des conséquences particulières que nous exposerons dans le chapitre suivant.

Le devoir du mari s'exécute en nature, tandis qu'en principe l'obligation alimentaire ordinaire s'acquitte par prestations périodiques.

L'on considère généralement, et peut-être la loi du 13 juillet 1907 n'a-t-elle pas, au fond, innové à cet égard, que durant la vie commune, la femme n'est pas à proprement parler créancière d'aliments. On ne l'admet pas à actionner son mari aux fins de pension. Le service de cette allocation ne se concilierait pas en effet avec l'unification aux mains du mari et au domicile conjugal des revenus ou de partie des revenus des époux. Spécialement, sous le régime de communauté, le système contraire aboutirait à des impossibilités matérielles : le mari restant administrateur de la communauté, il se produirait que, débiteur de la pension, il en toucherait lui-même les arrérages (1).

Ne contredit pas cette doctrine un arrêt de Bruxelles du 29 mai 1820, reconnaissant à l'épouse le droit de saisir la justice, si son mari lui refuse certaines choses nécessaires à la vie, pourvu qu'elle établisse par le détail leur nature et leur quotité. En condamnant le mari à fournir directement à la demanderesse

1. Nancy, 6 juillet 1895. S. 97. 2. 45

quelques objets indispensables, on ne fait pas autre chose que l'obliger à remplir en nature un devoir que la loi lui impose précisément d'exécuter en nature (1).

L'interdiction judiciaire du mari, laquelle, selon nous, ne dispense pas la femme de le suivre, entraîne-t-elle du moins un changement dans le mode d'exécution de l'obligation alimentaire ? Laurent soutient que, du moment que l'épouse n'est pas tutrice, elle sera admise à réclamer l'allocation d'une pension, le tuteur ne pouvant exercer de devoirs attachés à la puissance maritale (2).

Un arrêt d'Aix du 5 mars 1842 n'admet pas davantage qu'elle soit réduite à solliciter du tuteur des secours pour son alimentation journalière (3).

Dans cette opinion, la solution est la même, que l'interdit continue ou non d'habiter le domicile commun (4).

Nous pensons au contraire, avec M. Houques-Fourcade (5) que, du moins si la cohabitation persiste, rien ne s'oppose à ce que le tuteur, adminis-

1. Rapporté et approuvé par Laurent, t. III, n° 57.

2. T. III, n° 57, p. 81

3. D. 43. 2. 116.

4. Pour ce dernier cas, voir Bruxelles, 30 octobre 1828. Pasic., 1828, p. 309.

5. *Des personnes*, t. III, p. 675, n° 2129 bis, éd., 1908.

trant au nom du mari, fasse tenir à l'épouse les sommes nécessaires à l'entretien du ménage. Il ne nous semble même pas qu'il doive en être autrement lorsque la vie commune se trouve rompue par l'internement de l'interdit, sauf à prélever l'argent nécessaire à son traitement.

CHAPITRE II

DE L'INFLUENCE DES SÉPARATIONS DE FAIT SUR L'OBLIGATION ALIMENTAIRE RÉCIPROQUE

En dehors de là, que devient, au cas de cessation de fait de la vie commune, l'obligation alimentaire réciproque ?

Supposons d'abord que l'un des époux se soit engagé à servir à l'autre une pension périodique.

Un point est hors de conteste : la convention principale de vivre séparés demeure sans valeur aucune, frappée d'une nullité absolue, d'ordre public. Celui qui voudra reprendre la vie commune pourra toujours faire condamner son conjoint à le rejoindre ou à le recevoir, au lendemain de l'éloignement comme après de longues années.

Cette nullité radicale entraîne celle des dispositions pécuniaires prises en vue de la séparation de fait (1).

1. Bruxelles, 11 pluviôse an XI. — Grenoble, 11 mars 1851. D. 53. 2. 62. — Pau, 20 juin 1894. S. 94. 2. 232. — Alger, 24 février 1897. S. 98. 2. 263. — Cas., 14 juin 1882. D. 83. 1. 248. — Trib. civ. Seine, 13 mars 1900. *Droit*,

Ainsi ne produirait aucun effet, entre autres combinaisons, la convention par laquelle le mari s'engagerait à ne pas pénétrer dans le domicile particulier de la femme, moyennant une pension annuelle qui cesserait d'être due s'il contrevenait à son engagement.

Par contre, la Chambre des Requêtes a admis, le 28 décembre 1830, que le mari pouvait, le cas échéant, être condamné à payer à sa femme les arrérages échus de la pension par lui promise, en représentation des dépenses engagées sur la foi de cette promesse (1).

MM. Aubry et Rau (2) et Fuzier-Hermann considèrent également que de tels engagements devraient recevoir leur exécution pour le passé, dans la mesure du temps pendant lequel les époux sont restés séparés.

Nous trouverions plus juridique, en pareil cas, de fonder la condamnation du mari, abstraction faite de sa promesse, sur la persistance de son devoir alimentaire (3). Le chiffre de la pension convenue pour-

28 avril. — Paris, 25 janvier 1901. *Droit*, 14 mars. — Cf. Versailles, 16 juillet 1873 sous Paris, 11 mai 1874. S. 74. 2. 169.

1. S. 31. 1. 11. D. *Rép.*, contrat de mariage, n° 1011, n. 2.

2. T. V, p. 133, § 470 (1^{re} éd.).

3. Cf. Bruxelles, 11 pluviôse an XI, aux termes duquel lorsque la volonté du mari met fin à une séparation volontaire précédemment arrêtée entre les époux, il n'est point tenu de payer à

rait toutefois servir aux tribunaux à apprécier les ressources du mari et les besoins de la femme (1).

Un revirement de jurisprudence se produisit d'ailleurs. La Cour de Nîmes annula, le 9 mai 1860, la cession, par une femme que son mari avait autorisée à résider où bon lui semblerait, de deux annuités échues sur la pension stipulée. Elle voyait dans cette solution une conséquence nécessaire de la nullité de l'accord principal intervenu entre les époux et du principe que la femme mariée n'a pas droit à pension hors le cas de séparation de corps prononcée par la justice (2).

Nous verrons que cette dernière proposition, trop absolue, comporte, en doctrine et en pratique, de légitimes atténuations. Quant au refus de condamner un époux au paiement des termes arriérés de la pension promise accessoirement à une séparation de fait, il se justifie parce que toute autre solution tendrait à permettre au bénéficiaire de tenir ménage

sa femme les termes arriérés de la pension qu'il avait promis de lui faire, mais seulement d'acquitter à la décharge de la communauté les dettes que la femme a légitimement contractées pendant la séparation de fait. (Devilleneuve, vol. 1791 à an XII.)

1. Cette idée se rencontre virtuellement dans Paris, 11 mai 1874, confirmant Versailles, 16 juillet 1873 S. 74.2.169. — Cf. Baudry, Houques-Fourcade, t. II, p. 636 n° 2131.

2. S. 60. 2. 577 avec note Dutruc. — *Sic* : Alger, 24 février 1897. *Gaz. Pal.*, 1897. 2. 576.

séparé et favoriserait ainsi l'exécution d'un arrangement ignoré de la loi. Pratiquement, la rigueur de cette jurisprudence a l'inconvénient de contrarier les effets apaisants de combinaisons dont les époux attendaient peut-être une réconciliation plus ou moins lointaine.

Le plus souvent, les époux vivent séparés de fait sans aucune espèce d'arrangements pécuniaires préalables.

Alors intervient un principe universellement admis : l'obligation de secours, d'où dérive l'obligation alimentaire entre époux, dure autant que le mariage, mais, normalement, elle doit être exécutée en nature et au domicile conjugal. Par suite, au cas de séparation de fait, ni l'un ni l'autre n'est fondé à solliciter de son conjoint l'allocation d'une pension (1), à moins qu'il ne lui ait préalablement proposé de reprendre la vie commune et que son offre n'ait été repoussée indûment, à moins aussi qu'il n'ait lui-même de justes raisons de ne pas offrir ou de ne pas accepter le rétablissement du ménage commun.

Poursuivons l'application de ces idées respectivement à la femme et au mari.

Une de leurs conséquences, c'est d'abord que,

1. Bordeaux, 11 février 1887. *Gaz. Pal.* 87.1.612.

dans l'hypothèse où, déjà séparés de biens, les époux prétendent en outre vivre séparés de fait, bien qu'aucune raison valable ne s'oppose à la cohabitation, le mari a seulement le droit de poursuivre le rétablissement du ménage et de faire payer à sa femme la contribution réglée par les articles 1448 et 1537. Permettre au mari de renoncer aux prérogatives attachées à sa qualité de chef de l'association conjugale ou de les échanger contre l'obtention d'une pension alimentaire constituerait une atteinte à la dignité du mariage et à l'ordre public (art. 1388) (1).

Les juges ne pourraient davantage adopter la proposition qu'un mari ferait à sa femme de venir le rejoindre ou de lui payer pension.

S'ils acceptaient pareille transaction, ils consacraient une séparation de corps volontaire (2).

De son côté, pas plus que le mari qui, par caprice, se dérobe à l'existence commune, la femme qui a quitté le domicile conjugal « même avec l'assentiment de son mari, ne saurait réclamer une pension alimentaire, lorsqu'elle n'articule aucun fait de

1. Paris, 9 mars 1844 (D. *Rép.* Mariage, n° 638). — Paris, 9 juillet 1858 D. 58. 2. 186. — Bordeaux, 31 mai 1854. D. 1855. 2. 289. — Trib. Bourgneuf, 2 février 1900 (*Gaz. Pal.*, 1900. 1. 450).

2. Colmar, 12 juillet 1806. — Devilleneuve, vol. an XIII à 1808.

nature à légitimer son éloignement et que la conduite du mari est irréprochable ». (Chambre des requêtes, 11 décembre 1888) (1).

La solution reste identique, alors même que le mari laisse se continuer la séparation de fait et n'offre pas à la femme de la recevoir chez lui.

Ainsi en a décidé un arrêt de Dijon du 21 janvier 1891 (2) dont il ne faudrait pas toutefois s'exagérer la portée.

M. Planiol croit y voir en effet la consécration d'un système transactionnel, dont il souhaiterait l'adoption définitive par la jurisprudence. L'éminent professeur distingue entre l'obligation propre au mari de traiter la femme suivant ses facultés et son état conformément à l'article 214 et l'obligation éventuelle de lui servir une pension, laquelle résulte du devoir mutuel de secours consacré par l'article 212. L'obligation unilatérale, spéciale au mari, d'entretenir convenablement l'épouse semble subor-

1. Rejet. S. 91. 1. 466.

2. D. 91. 2. 349, avec note Planiol. Même solution, *a fortiori*, si l'épouse a d'avance déclaré vouloir vivre à sa guise et possède une industrie qui lui donne des ressources suffisantes pour vivre. Trib. civ. Tunis, 27 février 1907 (*Rec. Som.*, 1907, p. 910). Comparer pour le cas où le mari offre de reprendre la femme qui a abandonné le domicile conjugal. Trib. civ. de Lille, 10 novembre 1887 (*Gaz. Pal.*, 1888. 1. 519).

donnée à l'exécution par elle de son obligation, pareillement unilatérale, d'habiter avec lui et de le suivre dans toutes ses résidences. A ce point de vue, il est permis d'envisager les époux comme liés par un contrat synallagmatique ; au contraire, l'obligation qui dérive de l'article 212 et qui comporte seulement la prestation de l'indispensable se présente comme simplement réciproque ; rien ne laisse supposer, dans la loi, qu'elle dépende nécessairement de l'exécution du devoir de cohabiter et, de l'aveu de tous, elle survit à la séparation de corps judiciaire tandis qu'avec l'obligation de mener vie commune disparaît l'obligation du mari de procurer à sa femme un genre d'existence en harmonie avec ses facultés, son état et son rang. Dès lors doit-on, quand les époux s'accordent à ne pas réclamer la vie commune, priver la femme qui vit hors du domicile conjugal de tout droit aux aliments, dégager le mari même de l'obligation strictement alimentaire ? Cette rigueur s'impose, prétend-on, aux tribunaux, s'ils ne veulent pas ratifier une convention illégale de séparation. N'est-ce pas là une illusion, et n'aboutit-on pas plutôt à ce résultat redouté, si, par un scrupule excessif, on exonère les conjoints, pour la durée de l'éloignement illégal, du plus important peut-être des devoirs mutuels ? M. Planiol conclut que pour toutes ces raisons, les juges pourraient seulement dispenser le conjoint fortuné d'associer

l'autre aux avantages de sa richesse. Ils ne sauraient valablement l'exonérer des fournitures indispensables, simple exécution du devoir de secours, lequel, aussi durable que le devoir de fidélité, est tout aussi inséparable de la qualité d'époux. Telle est la théorie dont la Cour de Dijon semble avoir fait l'application, peut-être involontaire. Dans l'espèce, en effet, le mari, depuis l'éloignement de la femme, lui avait remis les subsides nécessaires à son entretien. Elle ne saisissait la justice que pour obtenir les moyens de mener une vie plus large. De cette seule prétention au luxe et au superflu, elle fut déboutée.

On ne peut que louer les tendances humanitaires de cette doctrine, mais il faut avouer que les textes ne l'impliquent pas plus qu'ils ne la condamnent expressément. La vérité paraît être que, pour le législateur, du moins en dehors de toute faute imputable à l'un des conjoints, la rupture de la vie commune, due à l'accord explicite ou tacite des époux, doit être considérée comme non-avenue. La vie commune existe toujours en droit, ce qui exclut l'intervention du devoir de secours, exécuté sous forme de pension. La jurisprudence semble avoir définitivement adopté cette idée et érigé en axiome qu'un époux doit s'abstenir de réclamer une allocation alimentaire, tant qu'il lui est loisible de trouver au domicile conjugal l'entretien en nature.

Quoi qu'il en soit, tout le monde (et M. Planiol n'a pas omis d'apporter cette réserve à sa théorie) regarde comme incontestablement justifié le refus d'aliments opposé à la femme par le mari contre la volonté de qui s'est accomplie la rupture de la vie commune et qui n'entend nullement renoncer à réclamer le rétablissement de l'existence conjugale. La menace de famine constituera souvent sa meilleure arme en vue de la restauration du ménage. Il ne saurait être question de la lui arracher. Mais il est douteux qu'il puisse en outre retenir les vêtements de la femme, surtout si elle en a fait personnellement l'acquisition. La jurisprudence répugne sensiblement à autoriser ce procédé, peut-être trop rigoureux et assez peu conforme à la décence (1).

*
* *

Passons aux hypothèses où l'un des conjoints peut être condamné à servir à l'autre une pension alimentaire.

D'abord, le mari qui, sans motif plausible, aurait déserté, devrait une pension à la femme restée au foyer et prête à l'y recevoir, par le seul fait qu'elle serait dans le besoin, sans qu'on puisse exiger d'elle

1. Demolombe, t. IV, n° 104. — Baudry Houques, t. II, n° 2168. — Cf. Toulouse, 21 août 1818. S. 21. 2. 249.

la formation préalable d'une demande en divorce ou en séparation de corps (1).

L'épouse que son mari aurait chassée du domicile conjugal ou qu'il empêcherait de le réintégrer serait admise au même bénéfice dans les mêmes conditions (2); son droit subsisterait s'il répondait à la demande d'aliments par une offre de la recevoir que ses sentiments feraient juger dépourvue de sincérité (3).

Sur ces deux points, la doctrine et la jurisprudence sont à peu près unanimes.

La femme est-elle encore fondée à obtenir une pension alimentaire, en dehors de toute demande en divorce ou en séparation de corps, dans l'hypothèse où elle a quitté son mari, non sur l'injonction de celui-ci, mais indirectement contrainte par des circonstances imputables à l'abandonné ?

L'affirmative est généralement admise lorsqu'elle

1. Cass., 12 janvier 1808. Devilleneuve an XIII à 1808, p. 471.

2. Trib. civ. Seine, 20 avril 1891 (D. *Rép. sup.* Mariage, n° 422, p. 446, note 1). — Aix, 17 février 1871. D. 72. 2. 64. — Trib. civ. Seine, 24 mars 1900 (*Gaz. trib.*, 1900, 2^e vol. 2. 17). — Trib. civ. Montluçon, 16 novembre 1905. D. 06. 5. 28. — Trib. civ. Perpignan, 25 mai 1901 (*Gaz. trib. du Midi* du 9 juin 1901).

3. Trib. civ. Seine, 1^{er} juillet 1898 (*Gaz. trib.*, 1898, 2^e vol. 2. 430.)

justifie de l'insuffisance du logement mis à sa disposition ou du peu de garantie qu'il présente pour sa dignité et sa sécurité (1). C'est même le seul cas où Aubry et Rau permettent à celui des conjoints qui, s'étant éloigné de l'autre, ne veut pas le rejoindre, de lui réclamer une pension, sans solliciter la séparation et sur la simple allégation que la vie commune présenterait pour sa personne de graves inconvénients (2).

L'on a soutenu au contraire que ne saurait obtenir des aliments hors du domicile conjugal la femme qui, sans demander la séparation judiciaire, motiverait sa retraite par les mauvais traitements que lui a fait subir le mari. Le manquement du mari à son devoir de protection, dit-on, ne dispense pas la femme de son propre devoir de cohabiter ; de plus, par son éloignement, elle met obstacle à la réalisation de la condition à laquelle est subordonnée l'exécution de l'obligation alimentaire, de sa nature payable au domicile commun (3).

1. Liège, 20 janvier 1841 (D. *Rép.* Mariage, n° 750). — Arlon, trib. civ., 24 juillet 1900 (Pasier., 1901.287). — Req., 2 janvier 1877 précité. — Pau, 8 mai 1890, précité. — Paris, 24 mai 1897 (*Loi*, 18 juin). — Aix, 7 mai 1902 (*Jurispr. civ. Marseille*, 1902.277). — Trib. civ. Marseille, 15 mai 1902 (*Même recueil*, 1902.451).

2. T. V, § 470.

3. Demolombe, IV, n° 97. — Aubry et Rau, V, § 470.

Nous avons reconnu à la femme, victime de mauvais traitements, la faculté de se soustraire, sans demander la séparation, à une cohabitation dange-reuse. Nous rendrions ce bénéfice illusoire si nous la réduisions à la famine, toutes les fois que, sans ressources, elle en voudrait user. C'est assez dire que nous ne saurions admettre, même ici, la formation d'une demande en séparation de corps comme condition nécessaire de l'attribution d'aliments. Au reste, il n'est pas exact qu'en délaissant son mari, l'épouse maltraitée prétende s'affranchir de ses devoirs matrimoniaux ; seule l'attitude du mari, nous l'avons déjà observé, s'oppose à leur accomplisse-ment, comme seule elle entraîne le défaut de la condition apposée à l'obligation d'entretien. La doctrine que nous soutenons a d'ailleurs été con-sacrée par la jurisprudence la plus nombreuse (1).

A côté des décisions qui expressément ou impli-citement ont admis que la séparation de fait, motivée par l'impossibilité de la vie commune, peut légi-timer l'action d'un époux en pension alimentaire (2),

1. Montpellier, 23 décembre 1830. S. 31. 2. 331. — Trib. Seine, 13 janvier 1882 (*Gaz. Pal.*, 1882. 1. 269). — En ce sens aussi Laurent, t. III, n° 56, p. 79.

2. Bordeaux, 31 mai 1854, précité. — Trib. civ. Toulouse, 22 juin 1906 (*Gaz. trib. du Midi* du 23 septembre 1906). — Trib. Toulouse, 15 janvier 1907 (*Gaz. trib. du Midi*, 12 mai 1907). — Trib. civ. Tunis, 27 février 1907 (*Gaz. trib. Tunis* du 27 février. — *Rec. Som.*, 1907, p. 910).

il faut signaler une jurisprudence moins abondante, qui refuse tout droit à pension à l'un quelconque des conjoints tant que le domicile commun continue d'exister légalement (1). Application de ce principe rigoureux a été faite à la femme par un jugement d'Angoulême du 30 mai 1864 (2).

Il nous semble que cette jurisprudence viole l'esprit de notre législation, laquelle n'entend nullement réduire le conjoint, à qui l'autre rend la cohabitation dangereuse ou pénible, à former une demande en divorce ou en séparation de corps. Ces deux institutions sont des remèdes extrêmes : il ne faut pas en faire l'unique et obligatoire ressource de celui des conjoints envers qui l'autre ne remplit pas ses devoirs matrimoniaux. Ce serait dégager ce dernier de ses obligations sous prétexte que sa victime ne veut pas user de la faculté que lui accorde la loi de faire relâcher ou rompre le lien conjugal.

Ces considérations nous paraissent suffisantes pour légitimer le droit de la femme d'obtenir une pension toutes les fois que les violences physiques ou morales du mari l'obligent à abandonner le domi-

1. Bordeaux, 11 février 1887. (*Gaz. Pal.*, 87. 1. 612).

2. D. 64. 3. 45. — On cite parfois en ce sens un arrêt de Nancy du 6 juillet 1895 (S. 97. 2. 45) ; à tort, croyons-nous, car la Cour paraît s'être surtout déterminée par cette considération qu'il n'était pas absolument prouvé qu'en l'espèce les époux menaient vie séparée.

cile commun. L'allocation alimentaire cesse d'ailleurs de lui être due lorsque le mari, revenu à de meilleurs sentiments, consent sérieusement à la recevoir (1) ou à mettre à sa disposition un domicile convenable, où il promet de la traiter conjugalement. Par contre, si, comme l'affirme M. Renault, la mauvaise conduite de la fugitive ne dispense pas le mari d'accéder à son offre sincère de réintégrer, le rejet par lui de cette proposition le met dans l'obligation de fournir une pension (2).

En accordant à la femme des aliments hors du domicile conjugal quand la vie commune est devenue impossible par la faute du mari, les tribunaux ne démentent pas nécessairement la jurisprudence qui dénie toute valeur aux arrangements pécuniaires accessoires des séparations amiables; ils ne risquent pas ici de consacrer une situation illégale; aucun changement fondamental ne se trouve apporté aux rapports pécuniaires des époux; il ne s'agit que d'accommoder aux circonstances le mode d'exécution d'une obligation déjà existante dans la vie commune.

Nous avons vu qu'un parti considérable dans la doctrine et dans la jurisprudence condamnait le con-

1. Marseille, trib. civ., 21 mars 1901 (*Jur. civ. Marseille*, 1902. 34).

2. En sens contraire, Paris, 29 août 1857. S. 57. 2. 768.

joint responsable de la cessation de la cohabitation à servir une pension alimentaire à l'autre, même si celui-ci ne faisait pas prononcer la séparation judiciaire. Le mari peut donc, lorsque la femme abandonne sans motifs le domicile conjugal et qu'il se trouve dans le besoin, lui réclamer des aliments. Il en est de même si elle refuse de le suivre au lieu où il prétend établir la résidence commune. Telle est la solution adoptée par l'arrêt de Douai du 2 juin 1852 rendu dans les circonstances suivantes : Les époux B... habitaient chez leur gendre. La femme ayant obtenu la séparation de biens, le sieur B... quitta ce domicile et lui demanda une pension. Le tribunal de Saint-Omer le débouta, par crainte de valider une séparation de fait. Devant la Cour de Douai, le procès présentait un nouvel aspect. La dame B... proposait de recevoir son mari chez son gendre et de l'y entretenir des choses nécessaires à la vie ; subsidiairement, elle offrait une pension modique. La Cour, considérant que le mari ne pouvait être contraint d'habiter la résidence choisie par l'épouse, condamna celle-ci à lui servir une allocation périodique (1). Il faut approuver cette décision, la faute de la femme étant en l'espèce indéniable : en refusant de suivre le sieur B... dans son nouveau

1. S. 53. 2. 215.

domicile, elle attentait à ses prérogatives maritales ; dans cette désobéissance, elle ne pouvait puiser un motif de s'exonérer de la dette alimentaire, tombée à sa charge exclusive par l'effet de la séparation de biens en vertu de laquelle elle possédait seule toutes les ressources.

Le mari conserve-t-il le droit, s'il est dans le besoin, de réclamer à sa femme une pension alimentaire, lorsqu'il a dû abandonner la résidence commune pour échapper aux inconvénients que, par la faute de l'épouse, présenterait la cohabitation ? L'affirmative, adoptée par un arrêt de Bordeaux du 3 février 1853 (1), paraît critiquable. L'autorité maritale ne comporte-t-elle pas en effet, autant que le devoir d'assurer le maintien du foyer et de ramener la femme à de meilleurs sentiments, les moyens d'atténuer les ennuis qui pourraient naître de la vie commune, de parer notamment aux scènes fâcheuses que l'exaltation de l'épouse serait de nature à provoquer (2).

*
* *

Pour terminer ce chapitre, il convient de signaler que le divorce ou la séparation de corps trouverait un motif suffisant, à titre d'injure grave, dans le

1. S. 53. 2. 260,

2. En ce sens, Aubry et Rau,

fait par l'un des conjoints, fût-ce en dehors de tout abandon, de laisser l'autre sans ressources. Il y aurait même cause de divorce, à l'encontre du mari, si les privations subies par la femme étaient imputables à l'oisiveté de ce conjoint, non justifiée par la maladie. Présenterait un caractère particulièrement outrageant la conduite de l'époux qui refuserait à l'autre des soins médicaux indispensables, manquant ainsi à son devoir d' « affectueuse assistance » (1).

1. Trib. civ. Seine, 15 mars 1901 (*Gaz. trib.*, 1902, 1^{er} sem. 2^e partie, p. 149).

CHAPITRE III

LE MANDAT TACITE DANS SES RAPPORTS AVEC LA COHABITATION ET AVEC LE DEVOIR MARITAL D'ENTRETIEN

§ 1. — *Economie générale du mandat tacite*

Sous tous les régimes, nous l'avons déjà constaté, c'est au mari qu'il appartient en premier lieu de subvenir aux frais d'entretien de la famille. Mais la plupart des opérations destinées à atteindre ce but rentrent plutôt dans les aptitudes naturelles de la femme. Si le mari lui laisse le soin de les accomplir, comment cette activité traditionnelle de la femme se conciliera-t-elle avec l'incapacité dont la frappe la loi ? Le mari devra-t-il intervenir à l'occasion de chacun des actes innombrables que comporte le rôle ménager de l'épouse ? on ne peut songer à lui imposer ce concours incessant. A ces difficultés, la jurisprudence a appliqué le remède imaginé anciennement par les jurisconsultes et les Parlements : la fiction du mandat domestique, censément conféré à la

femme par le mari dans la sphère des attributions ménagères de celle-ci. Est-ce à dire que le Code ait expressément maintenu cette doctrine traditionnelle ? est-il notamment permis d'en trouver la consécration dans l'article 1420 (1) ?

La négative s'impose en présence d'un texte qui embrasse aussi bien la procuration générale que spéciale, expresse que tacite, le mandat donné à des fins quelconques aussi bien qu'aux fins d'entretien de la famille. Au surplus, cette disposition ne vise qu'à établir les droits des créanciers à l'égard des époux et de la communauté, lorsque la femme a traité en vertu d'un mandat. L'article 1420 suppose l'existence d'un mandat, il ne détermine pas les conditions de sa génération.

A la vérité, la fiction du mandat domestique se justifie par la possibilité de ce mandat, la loi reconnaissant que l'acceptation du mandataire peut être tacite et la raison voulant que la volonté de l'autre partie bénéficie du même mode d'expression ; elle se justifie surtout par sa nécessité économique. Cette nécessité dérive-t-elle exclusivement de la commu-

1. L'affirmative est soutenue par Rodière et Pont. *Contrat de mariage*, t. I, n° 594 ; par Marcadé, t. V, n° 556 ; par Baudry. *Contrat de mariage*, t. I, n° 500, sous prétexte que cette disposition serait inutile si elle n'avait pour but que de reproduire un principe certain en matière de mandat ; aussi Vouziers, 24 avril 1895, confirmé par Nancy, 16 janvier 1896 (*Gaz. des trib.*, 1896. 1. 322).

nauté d'existence? la jurisprudence la plus nombreuse et la plus récente ne l'admet pas. Un arrêt de Paris du 17 juin 1899 (1) fonde en effet la reconnaissance du mandat tacite sur l'obligation que toutes les lois imposent au mari d'entretenir sa femme et il ajoute que même la législation anglaise (2) n'a pas porté atteinte à ce principe du droit des gens, bien qu'elle ait constitué à la femme une personnalité distincte, en lui conférant la capacité de s'obliger, en l'affranchissant de toute ingérence maritale dans la gestion de ses biens séparés. Que le mandat tacite résulte bien de cette obligation maritale d'entretien, laquelle fait presque oublier à nos tribunaux le devoir alimentaire qui incombe éventuellement à l'épouse, nous en avons encore la preuve dans un jugement du tribunal de la Seine du 11 décembre 1901 (3), déclarant qu'on ne saurait considérer comme investé du mandat domestique une concubine, quelles que soient la durée et la notoriété de la cohabitation.

Parce que le mandat tacite dérive de l'obligation alimentaire du mari, il faut en faire l'application sous les divers régimes matrimoniaux. Son existence est évidente sous la communauté : la femme, réserve faite des pouvoirs nouveaux que lui attribue la loi de

1. D. 1900. 2. 106.

2. Actuellement, loi du 5 décembre 1893.

3. D. 1902. 2. 133.

1907, demeure étrangère à la gestion de la masse commune. Si elle traite avec les fournisseurs, elle n'a nullement l'intention de s'obliger elle-même ; elle ne l'a pas davantage sous le régime exclusif de communauté, lequel ne lui donne pas le droit d'administrer ses biens ni d'en percevoir les fruits (art. 1530). A juste titre encore, le mandat tacite a été reconnu sous le régime dotal, notamment par arrêt de la Cour de cassation du 7 juillet 1896 (1). Il est vrai qu'ici la fortune de la femme reste en partie soumise à son administration et à sa jouissance, mais cette particularité du régime dotal ne l'oblige nullement à consacrer à son propre entretien ses ressources personnelles. Ici encore les charges du ménage incombent au mari, qui y subviendra à l'aide de la dot, ou, si tous les biens de la femme sont paraphernaux, de la contribution déterminée par l'article 1575.

La jurisprudence tend également à admettre le mandat tacite malgré la séparation de biens, judiciaire ou conventionnelle, en considération de ce qu'ici encore subsiste l'obligation d'entretien propre au mari, réserve faite de son droit d'exiger la fourniture par la femme, sur ses revenus, d'une prestation déterminée par les articles 1448 ou 1537. En ce sens se sont prononcés l'arrêt précité de la Cour de

1. D. 98. 1. 18 en sens contraire, le jugement de Perpignan qui faisait l'objet du pourvoi et note au Dalloz, *loc. cit.*

Paris en date du 17 juin 1899 et un jugement du tribunal de la Seine du 7 décembre 1899 (1).

*
* *

Le fondement attribué au mandat domestique en détermine l'étendue : il appartient aux tribunaux d'apprécier, suivant le rang social des époux, dans quelles limites les dépenses faites par la femme apparaissent comme nécessaires. Ce caractère sera reconnu notamment aux traités passés en vue du louage des domestiques, aux achats de vêtements pour la famille ou pour l'usage personnel de l'épouse, aux achats de nourriture.

Dans ces limites, grâce à la théorie du mandat tacite, l'épouse soustraira ses biens personnels à la garantie des obligations contractées par son intermédiaire. Comme le mandataire ordinaire, elle ne s'obligera pas elle-même, et elle obligera son mandant. Le gage des créanciers sera au reste plus ou moins étendu suivant les régimes. Sous la commu-

1. Pand. fr., 02. 2. 30. En ce sens encore : trib. Seine, 3 déc. 1895. (*Gaz. Pal.*, 95. 2. 744). (D. 96. 2. 132). — Voir, par contre, l'arrêt de Paris du 30 novembre 1899, relatif à une femme italienne. D'après cette décision, le régime légal italien étant la séparation de biens, le mari dans l'espèce ne pouvait être considéré comme lui ayant donné mandat tacite. Il ne pouvait être tenu que *de in rem verso* (D. 1900. 2. 105).

nauté, il comprendra, outre les biens du mari, les biens communs. Si à la dissolution la femme accepte la communauté, elle supportera bien partiellement les suites des engagements conclus par son intermédiaire, mais en qualité simplement de commune en biens.

Restant l'ordonnateur souverain du ménage, le mari conserve la faculté de critiquer les actes de la femme et de faire réduire les dépenses qui seraient jugées excessives par rapport à sa fortune. Des sommes ainsi retranchées, il ne répond ni sur ses biens propres ni sur ceux de communauté.

Lorsque les engagements pris par la femme ont été ainsi réduits ou que le mari en a été totalement déchargé parce qu'ils ne rentraient pas dans le domaine du mandat domestique, doit-on toujours, et par cela seul, donner action aux créanciers contre la femme ? Il est bien certain que, faute d'autorisation maritale ou de justice, elle ne s'est pas obligée elle-même et qu'elle ne saurait être recherchée par l'action née du contrat. Doit-on du moins, avec Toullier (1), avec Rodière et Pont (2), la soumettre dans tous les cas à l'action *de in rem verso* ? Ce serait méconnaître le principe de la *versio in rem*, laquelle suppose, selon la remarque d'Aubry et Rau,

1. XII, n° 272.

2. I, n° 599.

que non seulement la femme a reçu les fournitures, mais encore qu'elle en a fait « un emploi utile en sa qualité de femme mariée ». L'action *de in rem verso* n'appartiendra contre elle aux fournisseurs que si « d'après les circonstances », les choses livrées « doivent être considérées comme ayant réellement tourné à son profit » (1). Reste à savoir s'il arrivera souvent que des dépenses qui dépassent les limites de l'obligation maritale auront amené l'enrichissement de la femme (2). Où il est impossible d'accorder l'action *de in rem verso* contre la femme, c'est lorsque par la survenance de l'insolvabilité du mari, les marchands ne réussissent pas à obtenir de lui le paiement de fournitures en harmonie, lors de la commande, avec les ressources du ménage. Du moment en effet qu'avec la jurisprudence dominante on fixe l'obligation alimentaire sur la seule tête du mari, comment faire intervenir la *versio in rem*, au sujet d'acquisitions réalisées par la femme en exécution de ce devoir marital, lesquelles n'ont nullement enrichi son patrimoine ? Il y a eu simplement substitution de marchandises à une valeur déjà existante. Il est évident ici que la femme n'a nullement entendu s'obliger sans autorisation, qu'il

1. Aubry et Rau, t. V, n° 509, note 58. — En ce sens Guillouard, t. II n° 873.

2. Cf. Baudry. *Contrat de mariage*, t. I. p. 501.

n'existe à sa charge aucun engagement susceptible d'être maintenu dans la mesure de son enrichissement.

Sur un point particulier, les principes que nous venons d'exposer subissent une grave dérogation. Il s'agit des honoraires dus au médecin pour le traitement de la femme. Il n'est pas exact de dire qu'en faisant appel à l'homme de l'art elle engage son mari sans s'obliger elle-même. Sans qu'il y ait lieu de méconnaître que les frais de la maladie de l'épouse constituent en principe une charge de la communauté, ni de rechercher si les conventions matrimoniales imposent au mari l'obligation de supporter définitivement cette charge, il faut approuver les décisions judiciaires qui ont considéré la femme, même commune en biens, comme personnellement débitrice vis-à-vis de son médecin (1). Il s'est formé entre elle et lui, dit la jurisprudence, un contrat tacite qui oblige la malade à payer les honoraires réclamés, au cas d'insolvabilité du mari surtout. La supposition de ce contrat tacite se justifie par le fait que les usages et les devoirs de sa profession

1. Trib. civ. Seine, 28 février 1905 (*Gaz. trib.*, 1906, 2. 142). — Cf. Bordeaux du 19 janvier 1903 considérant le mari comme tenu en tant que débiteur principal et la femme comme caution (art. 1431) des honoraires dus à l'accoucheur même si elle est mariée sous la communauté d'acquêts (*Gaz. trib.*, 1903, 1. 2. 335). Voir Addenda.

interdisaient au médecin d'exiger de la femme un engagement personnel dont la validité d'ailleurs eût été discutable.

En dehors de cette matière spéciale, la jurisprudence, en ce qui concerne les droits des fournisseurs non réglés par le mari, ne présente que des flottements et des contradictions. Elle dénote surtout une puissante influence du fait sur le droit.

Voici toutefois l'idée qui paraît résulter d'une série de décisions rendues en 1889-1890, notamment d'un jugement du tribunal de la Seine du 14 mars 1889 et d'un arrêt de Paris du 7 mars 1890 (1) : le prix de fournitures excessives ne pourrait être recouvré ni contre le mari, même par l'action *de in rem verso*, ni contre la femme. Celle-ci en effet, n'ayant pas eu la volonté de s'obliger, ne saurait être poursuivie par l'action du contrat. Toutefois, si elle avait bien voulu s'engager personnellement, son droit de faire annuler cet engagement pour défaut d'autorisation ne l'empêcherait pas de rester, après cette annulation, tenue sur ses propres dans la mesure de son profit. Nous avons par anticipation donné notre avis sur cette tendance qui semble confirmée par la Cour suprême (2). Nous la combattons surtout en tant

1. Sous réserve des circonstances de fait, la vie commune ayant plus ou moins cessé dans la plupart de ces espèces. D. 91. 2. 257 à 260 (note de Loynes).

2. Req. rejet, 2 janvier 1901. D. 1901. 1. 16.

qu'elle paraît s'appliquer même au cas où, sans invoquer le caractère excessif de l'obligation, le mari se retranche derrière son insolvabilité présente.

§ 2. — *Influence de la séparation de fait
sur le mandat tacite*

Telle est l'économie générale du mandat tacite. Que devient-il si les époux vivent séparés de fait ?

Les solutions de la doctrine et de la jurisprudence paraissent devoir se répartir suivant la classification ci-après :

1^o La séparation est due à un seul des conjoints. Il faut distinguer si elle est imputable au mari ou à la femme ;

2^o Elle a eu lieu d'un commun accord.

La situation varie également selon que le mari garde entre ses mains l'intégralité des revenus du ménage ou que, la rupture étant au surplus notoire, il garantit à l'épouse des ressources suffisantes à ses besoins.

Dans l'hypothèse où la rupture de la vie commune provient de ce que le mari a renvoyé sa femme ou refuse de la recevoir, ou de ce qu'il a lui-même déserté, la plupart des auteurs maintiennent le mandat tacite (1). Cette survivance paraît aussi

1. Marcadé. *Code civ.*, V, p. 557. — Rodière et Pont,

impliquée par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 28 décembre 1830 (1), confirmant un arrêt de Douai du 16 décembre 1829 et par l'arrêt de Bordeaux du 8 juin 1839 (2), décidant que les dettes faites par la femme pour l'entretien de sa maison particulière, pendant que le mari l'a tenue écartée du domicile conjugal sans lui fournir de subsides, tombent dans la communauté.

Qu'en telles circonstances le mari soit condamné à supporter les dettes contractées par la femme pour les besoins de la vie, c'est la conséquence équitable et forcée de ce qu'il ne lui appartient pas, en la quittant ou en l'expulsant, de se dérober aux charges du ménage. Mais il est singulier de motiver cette condamnation par la persistance du mandat tacite. Comme si la délaissée pouvait se croire encore investie de la confiance du mari ! comme si ceux qui traitent avec elle, dans la pleine connaissance de cette situation, pouvaient s'imaginer avoir devant eux sa préposée.

La vérité, c'est que, l'obligation d'entretien continuant d'incomber au mari, les fournisseurs, par leurs livraisons, ont diminué la dette dont était

op. cit., I, n° 595.— Aubry et Rau, V, n° 509, p. 340. — Guillouard, II, n° 868, considère même le mandat comme d'autant plus indispensable que la femme vit seule.

1. S. 31. I. 11. D. *Rép.* Contrat de mariage, n° 1011, n. 2.

2. S. 39. 2. 416. D. *Rép.* Contrat de mariage, n° 1011, n. 3.

grevé le patrimoine de celui-ci. Ils lui ont procuré, à leurs dépens, un enrichissement injuste ; de ce chef, ils ont contre lui l'action *de in rem verso*. On dit aussi parfois, peut-être avec moins d'exactitude, qu'ils ont géré son affaire (1).

Doit-on leur accorder également l'action oblique de l'article 1166 ? la femme, dans la présente hypothèse, conservant son droit aux aliments, c'est ce droit qu'ils feraient valoir contre le mari, expose-t-on avec justesse ; mais l'on oublie de préciser à quel titre ils sont créanciers de cette épouse non autorisée. Sans doute considère-t-on que la règle qui déclare nuls les engagements pris par la femme non autorisée reçoit exception lorsque l'exécution de ces engagements a tourné à son profit (2). Répétons à ce sujet qu'il n'est pas très sûr qu'on puisse voir un enrichissement pour la femme dans le fait d'acquisitions opérées en vue de l'exécution d'un droit qui figurait déjà dans son patrimoine.

Quand, au contraire, la séparation est imputable exclusivement à la faute de la femme, laquelle a déserté le foyer contre le gré du mari, la jurisprudence est unanime à supposer la révocation du mandat. Aucun doute, en effet, ne se rencontre plus sur l'intention du mari : il a certainement entendu enlever à la fugitive

1. En ce sens : Laurent, t. XXII, n° 109. — Baudry, *op. cit.*, I, n° 505.

2. Voir addenda.

le pouvoir de le représenter. MM. Aubry et Rau, Guillouard (n° 869), Rodière et Pont eux-mêmes ne contestent pas cette solution. On pourrait seulement se demander s'il s'agit vraiment de révocation, alors qu'au fond la cessation du mandat provient de la volonté de l'épouse. Si, avec Laurent, on s'attache, pour régler les droits des créanciers, aux fluctuations de l'obligation alimentaire, il faut encore les priver de toute action contre le mari ; car la femme, qui, malgré le mari, vit éloignée du domicile conjugal ne conserve contre son conjoint aucun droit que les fournisseurs puissent exercer de son chef. Aucune obligation ne pèse plus sur le mari à la décharge de laquelle puissent venir les livraisons consenties à la rebelle (1). Les tiers sont en pareil cas réduits à agir contre la femme soit pour le prix intégral des marchandises, si elle a frauduleusement caché sa qualité de femme mariée, soit, en l'absence de cette fraude, dans la mesure de son profit (2).

Demeurent-ils privés de tout recours contre le

1. Aux termes d'arrêts de Paris, 5 avril 1875. D. *Rép. sup.* Mariage, p. 435. — Grenoble, 20 juillet 1824. D. *Rép.* Contrat de mariage, n° 1010. — Dijon, 4 février 1888. D. 89. 2. 243, du moment que celui qui a fourni des aliments n'a pas pu croire qu'il remplissait une obligation légale imposée au mari, il n'existe dans sa conduite le germe d'aucune action contre le mari.

2. Cf. Paris, 7 mars 1890 précité.

mari, même tiré de l'enrichissement injuste ou de l'article 1166, alors qu'ils ont ignoré les conditions de l'existence séparée de leur cliente? Guillouard, Rodière et Pont, ne croient pas que leur bonne foi puisse empêcher la révocation du mandat, mais certaines décisions relèvent pour rejeter le mandat et dégager le mari que les fournisseurs n'ignoraient pas la situation (1). S'ils ne l'avaient pas connue, peut être eussent-ils bénéficié de l'article 2005 ; cette solution eût été plus logique, il faut l'avouer, que l'attribution que leur fait Guillouard, s'ils sont de bonne foi, d'une action *de in rem verso* contre le mari, alors que celui-ci, ne les devant pas à la déserteuse, ne tire en réalité aucun profit de leurs fournitures.

*
* *

L'hypothèse où les contradictions sont le plus abondantes dans la jurisprudence, c'est celle d'époux ayant convenu plus ou moins formellement, plus ou moins ouvertement de vivre chacun de son côté. Certaines décisions reconnaissent que cet accord rend improbable l'intention du mari de conserver à sa femme le mandat domestique, lequel leur paraît ainsi dériver autant de la libre volonté de l'époux que de la vie commune.

1. Bordeaux, 29 mai 1878. S. 78. 2. 303. (D. *Sup.* Mariage, p. 436). — Paris, 22 novembre 1889. D. 91. 2. 257.

Sans parler d'un arrêt de Besançon du 25 juillet 1866, posant en thèse générale que le mandat tacite ne peut être supposé lorsque la femme a une habitation séparée (1), il faut citer en ce sens l'arrêt de Rennes du 26 août 1820, qui réduit les fournisseurs d'une femme séparée à l'amiable à la seule action *de in rem verso* contre le mari (2).

De même, un arrêt de Riom du 6 août 1895 considère bien, du moins implicitement, le mandat comme maintenu, mais il ne fonde cette solution que sur la bonne foi des fournisseurs (3). La Cour eût repoussé le mandat si le mari n'avait pas « volontairement créé une situation mal définie et confuse, ayant aux yeux des tiers les apparences de la vie commune ».

Dans cette première conception, la persistance de l'obligation alimentaire malgré la séparation de fait n'a donc pas pour conséquence la survie au profit de la femme du pouvoir d'obliger directement le mari. Les anciens, affirme Toullier, ont toujours considéré la révocation du mandat domestique comme s'imposant après la rupture amiable de la vie commune. Il cite à l'appui deux arrêts du Parlement de Paris : le premier, du 31 juillet 1760, débouta la duchesse de Lorges, qui, vivant seule

1. D. 66. 2. 150.

2. D. *Rép.* Contrat de mariage, n° 1014, note 3.

3. D. 96. 2. 280.

depuis quatorze ans, prétendait faire payer à son mari les fournitures qui lui avaient été livrées pour son entretien personnel pendant cette période. Le second, du 27 juillet 1761, annula les contrats passés par la duchesse de Villeroi, qui depuis trente ans vivait hors du domicile conjugal (1). A cette opinion se sont rangés Baudry (2) et Laurent (3).

Naturellement, si le mari n'a pas mis aux mains de l'épouse les moyens de subvenir à ses besoins, les fournisseurs de celle-ci n'en peuvent pas moins se faire rembourser par lui, par l'action de *in rem verso*, le profit qu'il a tiré des prestations consenties à sa femme. Ceux qui écartent le mandat ne le nient pas.

Plus fréquemment, avec Marcadé, Rodière et Pont, Guillouard, Aubry, les tribunaux regardent le mandat tacite comme ayant survécu à la cessation, survenue par un commun accord, de l'existence conjugale.

Ainsi un arrêt de Pau du 19 juillet 1823, confirmé par arrêt de rejet du 14 février 1826 (4), condamna un mari à payer sur les biens de la communauté à une marchande de modes les objets livrés à

1. Toullier, n° 272. — Cf. nouveau Denisart, au mot autorisation.

2. *Contrat de mariage*, t. I, n° 504.

3. Laurent, t. XXII, n° 109.

4. Cour cass. Ch. civile. D. rép.

sa femme depuis douze ans qu'il tolérât son éloignement.

La Cour suprême a également maintenu le mandat dans un arrêt du 13 février 1844. En l'espèce trois éléments concouraient à faire condamner le mari : 1^o sa tolérance manifeste à l'éloignement de l'épouse ; 2^o la perception par lui de tous les revenus des biens de celle-ci ; 3^o la nécessité des marchandises livrées (1). Mais il apparaît clairement que la première circonstance eût à elle seule entraîné cette solution.

Deux arrêts de la Cour de Douai, du 13 mai 1846 et du 24 décembre 1833, sont particulièrement rigoureux pour le mari : ils n'admettent même pas la cessation du mandat alors qu'il a annoncé par la voie des journaux locaux qu'en raison de la pension promise il ne reconnaîtrait plus les dettes de la femme, du moins à l'égard des fournisseurs d'une autre région qui ont ignoré cet avis (2).

Enfin le mandat tacite a été maintenu dans une espèce où la femme ne pouvait être réputée avoir refusé de réintégrer par un arrêt de la Chambre des requêtes du 21 mars 1882 (3).

1. Req. rejet, 13 février 1844. S. 44. 1. 662. (D. Rép. Contrat de mariage, n° 1012).

2. S. 47. 2. 24. Comme dans l'arrêt de rejet de 1844, il est hors de doute qu'ils s'agisse bien de l'exercice du mandat tacite ; il n'est fait aucune allusion à la *versio in rem* ni à l'action de l'art. 1166.

3. D. 82. 1. 363.

Touchant les pouvoirs de la femme au cas de séparation de fait, il s'est même produit une évolution de jurisprudence des plus hardies, prenant son point de départ au début du xix^e siècle et trouvant son aboutissement au commencement du xx^e. Elle tend soit à fonder le mandat tacite sur l'accord même des époux en vue de la rupture et à en élargir progressivement le domaine sous l'influence des nécessités matérielles et des mœurs modernes, soit à tirer du consentement explicite ou implicite apporté par le mari à l'éloignement de la femme la présomption d'une autorisation tacite presque illimitée soi-disant donnée par l'époux à l'épouse.

Déjà un arrêt de Bordeaux du 29 mars 1838 avait considéré un mari comme personnellement obligé à raison de la prise en location par sa femme, éloignée de lui, d'un logement particulier (1). Il est juste de remarquer qu'il s'agissait plutôt ici d'une absence involontaire du mari, capitaine au long cours, que d'une séparation amiable, circonstance qui rendait légitime et nécessaire la survie du mandat tacite.

C'est dans des circonstances analogues qu'un arrêt de la Chambre civile de cassation, du 17 décembre

1. D. *Rép.* Contrat de mariage, n° 1008, note 3.

Signalons également un arrêt de la Chambre des requêtes du 6 août 1878 (D. 79. 1. 400) reconnaissant à la femme, en l'absence de son mari, le mandat tacite de louer ses services, terminologie qui dénote une singulière idée de la représentation.

1901, a condamné un fonctionnaire à rembourser les emprunts contractés par sa femme pour son entretien, pendant que le mari était retenu au loin par son emploi (1).

Dans une séparation de fait proprement dite, un jugement du tribunal de la Seine du 22 août 1848 a considéré comme valable le bail passé par la femme vivant seule, sans autorisation expresse du mari ni de justice. Au dire du tribunal, le fait même de la séparation valait autorisation tacite. La Cour de Paris fit sienne cette théorie et ne déchargea la femme de son obligation qu'en raison de l'importance exagérée de la location (2).

Un jugement du tribunal de Versailles, du 16 juillet 1873, confirmé par adoption de motifs par la Cour de Paris le 11 mai 1874, alla plus loin que les décisions précitées. En l'espèce, le mari avait promis une pension à sa femme, mais négligé de la servir, bien qu'il n'ait jamais sommé l'épouse de réintégrer. Il fut jugé que l'accord intervenu entre le mari et la femme, quelle que soit sa valeur propre, comprenait « implicitement l'autorisation donnée par le mari à la femme de contracter avec des tiers, ainsi que le

1. D. 1903. 1. 153.

2. Arrêt du 23 février 1849. D. 49. 2. 135. — Dans le même sens Bruxelles, 23 février 1808 (D. *Contrat de mariage*, n° 1009, note 1).

mandat conféré à la femme d'aliéner et d'engager les biens de la communauté pour les besoins de la subsistance de la femme ». En prenant de telles dispositions, le mari avait suffisamment indiqué son intention de subvenir aux besoins de la femme et les juges en déduisaient la persistance du mandat (1).

D'un arrêt de Dijon du 13 novembre et d'un arrêt de Paris du 9 décembre 1895 découle la même théorie (2), à savoir que la séparation volontaire des époux, surtout accompagnée d'un accord sur les moyens de la réaliser, implique le mandat tacite donné par le mari à la femme de faire tous les actes nécessaires à son entretien.

Cette extension des pouvoirs de la femme qui mène une existence séparée a trouvé une nouvelle consécration dans une série de décisions rendues au sujet de la même affaire, de 1903 à 1905. Quel qu'ait été au début le caractère de la rupture, on peut voir, ici encore, au moment où la justice fut saisie, une séparation maintenue par le commun accord des époux :

Les époux B..., mariés sous le régime de communauté légale en 1884, avaient dès 1892 disjoint leurs résidences. Le mari demeura à Marseille, la femme se fixa à Paris avec son enfant, sans autres res-

1. S. 74. 2. 169.

2. D. 96. 2. 133 et 134.

sources pour vivre que son initiative. Elle entreprit des spéculations de bourse, lesquelles se liquidèrent par des différences de 23.000 francs payées à la Société générale, à qui le mari demanda la restitution de cette somme. Le tribunal de commerce de la Seine le débouta de cette prétention le 8 juillet 1903, par le motif que le sieur B..., en laissant à sa femme, pendant plus de dix ans, la liberté de vivre à sa guise, l'avait par le fait même tacitement autorisée à pratiquer de telles opérations pour subvenir à ses besoins.

La Cour de Paris confirma cette décision par arrêt du 5 janvier 1904 (1). Elle considéra que ce mari qui pendant une aussi longue période n'avait jamais exercé ses droits ni ses devoirs de puissance maritale et paternelle commettait un abus de droit lorsqu'il demandait au profit de l'association conjugale la restitution d'une somme versée à raison d'opérations que sa propre indifférence avait rendues nécessaires. L'arrêt ajoutait que le sieur B..., « en se désintéressant d'une manière complète des faits et gestes de sa femme, lui avait évidemment donné le mandat tacite de disposer à son gré des ressources qu'elle pourrait se procurer ».

Enfin, le pourvoi du mari contre cet arrêt fut rejeté le 8 novembre 1905. La Chambre des requêtes

1. *Le Droit* du 10 avril 1904.

invoqua une raison laissée dans l'ombre par les précédentes décisions : par sa longue abstention, le mari avait favorisé, dit-elle, les manœuvres de la femme. En provoquant l'erreur des tiers sur la situation et la capacité légales de sa femme, il avait lui-même engagé sa responsabilité personnelle et ce quasi-délit le rendait irrecevable à critiquer des opérations que sa propre faute avait facilitées (1).

Sans insister sur l'allégation d'abus du droit ou de quasi-délit commis par le mari, motifs spéciaux à l'espèce, il est permis de douter de la valeur des raisons invoquées à l'appui de ces différentes décisions. Certes il est psychologiquement vraisemblable que le mari qui tolère l'éloignement de sa femme ait entendu renoncer implicitement à attaquer les actes que, pour l'entretien de son ménage propre,

1. S. 1907. 1. 145 avec note de M. Hémar.

Ajouter un jugement du tribunal de commerce de la Seine, rendu entre les mêmes parties le 28 octobre 1904, considérant que l'autorisation tacite illimitée donnée à la femme de disposer des ressources qu'elle pourrait se procurer valait même pour lui permettre d'accepter seule des effets de commerce. (*Le Droit* du 1^{er} janvier 1905.)

Sur cette série de décisions voir une note de M. P. Binet au Dalloz, 1905. 2. 249 et les observations de M. J. Charmont dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* du 15 mars 1908.

Cf. aussi Paris, trib. paix, V^e arrondissement, 14 avril 1905. D. 1905. 2. 251.

elle passerait seule et en son nom à elle. Mais cette présomption d'une autorisation tacite conférée par le mari, en dehors de son concours dans l'acte, heurte le texte de la loi et l'interprétation qu'en donne la Cour de cassation dans son arrêt du 26 juillet 1871 (1).

Quant à la supposition d'un mandat tacite issu, selon la Cour de Paris, de l'indifférence même du mari, elle contredit évidemment les sentiments véritables de celui-ci. Si de la séparation amiable, il peut-être déduit une volonté du mari, c'est plutôt de ne pas continuer à être engagé par les marchés ou les achats effectués par une épouse dont il se désintéresse. En réalité, la jurisprudence, en le rendant responsable des dépenses de première nécessité faites par une femme qu'il laisse vivre loin de lui, sans lui en fournir les moyens, entend simplement affirmer la persistance de son obligation d'entretien. Il est bien vrai qu'il ne saurait s'y soustraire, hors le cas de désertion de la femme, sous aucun prétexte ; vrai encore que le mode normal d'exécuter cette obligation réside dans le mandat tacite. Mais le raisonnement serait faux qui concluerait de ce rapprochement que le devoir alimentaire engendre toujours et nécessairement le mandat tacite. Comme tout mandat qui n'est pas légal, le mandat domestique naît de la volonté, expresse ou probable, du mandat ; or, ici la

1. D. 1871. 1. 293.

volonté d'accorder à la femme un pouvoir de représentation ne saurait être supposée. La présomption contraire est seule admissible. Ausurplus, la doctrine, d'après laquelle la séparation amiable d'existence laisse intacte la fiction du mandat domestique ou même la fortifie et l'étend, se condamne elle-même par ses exagérations. Les décisions précitées n'aboutiraient-elles pas, en bonne logique, à grever le mari de pertes résultant d'opérations de bourse, de spéculations, risquées par la femme ? que resterait-il alors des salutaires principes de l'autorité maritale ?

Pour toutes ces raisons, nous pensons que la rupture amiable de la vie commune doit entraîner la révocation du mandat tacite. La plupart des auteurs et des arrêts qui prononcent cette révocation accordent aux fournisseurs de la femme la faculté d'exercer contre le mari, par application de l'article 1166, l'action qui appartiendrait à la femme vis-à-vis de lui, aux fins d'aliments. Comme dans l'hypothèse de séparation due au mari seul, l'attribution aux tiers de ce bénéfice nous paraît assez risquée. Nous serions assez disposés à les réduire à l'action de *in rem verso* contre le mari que leur accorde également la jurisprudence qui supprime le mandat, action suffisamment légitimée par ce motif qu'en livrant des objets nécessaires à la vie à l'épouse séparée, ils ont fait une dépense qui a profité à celui qui aurait dû la faire lui-même, au mari.

Nous avons établi qu'en dehors de toute faute imputable à l'un des conjoints, la séparation de fait, réalisée par leur commune volonté, ne rendait ni l'un ni l'autre recevable à réclamer une pension. La responsabilité vis-à-vis des tiers dont nous frappons le mari, dans la limite de son enrichissement sans cause, ne contredit-elle pas cette règle ? est-il vrai, selon l'observation de Laurent, qu'en donnant aux fournisseurs une action contre le mari, on alloue indirectement à la femme la pension à laquelle elle n'a pas droit, avec cette seule particularité que la pension, au lieu d'être accordée avant, serait attribuée après la conclusion du marché (1) ? Nous ne le croyons pas : la condamnation du mari ne tend en effet ni directement ni indirectement à le contraindre de subir indéfiniment l'éloignement de l'épouse, pas plus qu'à valider par des prestations périodiques une convention illégale de séparation. De cet accord irrégulier, la condamnation du mari à rembourser les marchands est parfaitement indépendante. Elle ne vise qu'à l'empêcher de se dérober à l'obligation d'entretien.

La responsabilité du mari existe-t-elle encore vis-à-vis des tiers, alors même qu'il leur signifie défense de faire crédit à la femme ? A supposer même que la séparation amiable des époux n'opère pas la

1. Laurent. *Sup.*, t. I, 1896, p. 339.

révocation du mandat tacite par elle seule, il est certain que, quoi qu'en ait pu dire l'arrêt de Dijon du 11 juillet 1872, l'avertissement ainsi donné aux fournisseurs de ne pas traiter avec l'épouse entraînerait la suppression de son pouvoir de représentation domestique. Il est incontestable au contraire que pareille défense émanée du mari ne saurait exonérer intégralement celui-ci des dettes contractées par la femme pour ses besoins particuliers : les marchands qui auraient, malgré l'ordre du mari, consenti à cette dernière des livraisons proportionnées à la situation pécuniaire et sociale des époux, continueraient à puiser dans le droit et l'équité le principe d'un recours contre lui, pour avoir accompli à sa place une obligation dont ses protestations ne pouvaient le dégager (1).

1. Ces idées trouvent leur application aussi bien lorsque le mari exige que lorsqu'il tolère simplement l'éloignement de la femme. Refus de recevoir son épouse, consentement à sa retraite, tels sont d'ailleurs les deux éléments qui se rencontrent, avec d'autres, dans la célèbre affaire de Chanay sur laquelle fut rendu l'arrêt précité de Dijon. Cet arrêt fut cassé par la Cour suprême le 12 janvier 1874, par le motif que la défense adressée par de Chanay à l'hôtelier demandeur rendait inadmissible toute présomption de mandat (D. 74. 1. 153). La Cour de renvoi adopta cette manière de voir. Devant elle d'ailleurs, l'affaire avait pris un nouvel aspect, et il était désormais hors de doute que M^{me} de Chanay devait être considérée comme une malade et non comme une rebelle. Aussi

Contre les fantaisies somptuaires de sa femme et l'indélicatesse des fournisseurs, le mari serait suffisamment protégé par sa faculté de faire ramener les dettes exagérées à un chiffre qui s'accorde avec son état de fortune.

De ces idées, la jurisprudence dominante n'est pas elle-même très éloignée. En réalité, sous couleur de maintenir le mandat tacite, elle fait une large part à la survivance du devoir marital d'entretien. La preuve en est que les arrêts eux-mêmes qui semblent admettre en principe le maintien de mandat tacite, malgré que les époux demeurent dans des habitations distinctes, excluent ce mandat lorsque le mari a directement satisfait à son obligation alimentaire, soit par la prestation régulière d'une pension suffisante, soit par tout autre moyen licite, notamment par l'abandon à la femme des revenus de ses propres et des successions par elle recueillies (1).

Naturellement, dans les mêmes conditions de fait, les fournisseurs seraient également privés de l'action *de in rem verso* contre le mari. Celui-ci s'étant acquitté par avance de son obligation, comment leurs

l'arrêt de Besançon du 15 juillet 1874 (D. 74.2.219 ; S. 75. 2. 9) considéra-t-il, comme suite de la persistance du devoir d'entretien, que l'hôtelier « avait géré l'affaire du mari ».

1. Paris, 9 décembre 1895. D. 96.2.134. — Cf. Aubry et Rau, V, n° 509. — Baudry. *Contrat de mariage*, t. I, § 502.

livraisons à la femme auraient-elles tourné au profit de l'époux ?

Quelle que soit l'action, action née du contrat ou action fondée sur l'enrichissement sans cause, que les tiers veuillent exercer contre le mari, faut-il tenir compte de leur bonne foi et ne les débouter, malgré la pension servie par lui, qu'autant que la séparation de fait est notoire et qu'ils sont prouvés avoir eu connaissance de la situation ? L'affirmative a parfois prévalu (1), mais certaines décisions et certains auteurs ont préféré faire aux marchands une obligation de ne vendre à crédit à une femme vivant seule qu'après avoir enquêté sur sa situation (2).

*
* *

Pour terminer ce chapitre, il nous reste à dire quelques mots de l'hypothèse où la mère a emmené avec elle, hors du domicile conjugal, l'enfant né du mariage. Certes, il paraît généralement admis, depuis la loi du 24 juillet 1889, que les tribunaux ne sau-

1. Paris, 25 mai 1898. D. 99. 2. 309.

2. Guillouard, II, 870. — Besançon, 25 juillet 1866. Dans l'espèce toutes les circonstances étaient de nature à faire débouter les tiers, mais il semble que la Cour se soit déterminée en dehors de ces considérations matérielles et qu'elle ait entendu les rendre fautifs de ne s'être pas renseignés sur la position de leur cliente.

raient, en dehors de toute rupture légale de la vie commune, distraire le droit de garde de la puissance paternelle pour l'attribuer à la mère (1). L'intérêt de l'enfant l'exigeât-il impérieusement, les juges ne pourraient le remettre à la mère, comme le souhaitaient Aubry et Rau (2), si elle vit dans une demeure distincte, d'accord avec le mari ou sur son injonction. En fait, il n'en arrive pas moins fréquemment que la femme, en quittant le mari, soit malgré lui, soit avec son assentiment, emmène avec elle l'enfant commun. Nul jusqu'ici, pas même Laurent, n'hésitait à reconnaître qu'en pareil cas les tiers seraient fondés à réclamer au mari le remboursement, en vertu soit du mandat tacite, soit de la *versio in rem*, des fournitures faites pour l'entretien de l'enfant. Même la désertion de la femme ne pouvait en effet soustraire le mari à son devoir d'entretenir et d'élever l'enfant. Seulement, dans cette dernière hypothèse, il convenait d'établir un départ entre le prix des objets nécessaires à la femme et le prix des objets employés au profit de l'enfant. L'absence de cette ventilation contribua à faire casser l'arrêt de Dijon du 11 juillet 1872.

Une tendance curieuse s'est récemment, à ce sujet,

1. Poitiers, 21 juillet 1890. D. 91.2.73.

2. T. VI, § 550. — En ce sens aussi Alger, 27 juin 1864. S. 64.2.180.

manifestée dans la jurisprudence. Un arrêt de Douai du 7 mars 1907 considère que la femme qui emmène avec elle l'enfant commun, pour vivre hors du domicile conjugal, assume l'obligation d'en assurer seule l'entretien. L'étranger qui, sans ignorer la situation, a subvenu aux besoins de l'enfant, n'a de recours de ce chef que contre la mère. C'est, à la supposition du mandat tacite, légitime en tant qu'il s'agit des besoins de l'enfant, ou au principe d'équité de la *versio in rem*, substituer une présomption bien audacieuse ; c'est aussi faire échec à la règle que les époux contractent ensemble l'obligation de nourrir et d'entretenir l'enfant et que sur le mari d'abord, sauf contribution de la femme au cas de séparation de biens, pèsent les charges de famille (1).

1. Voir l'arrêt de Douai dans *Gaz. trib.*, 1907. 2. 356 ou dans les *Annales des justices de paix*, janvier 1908.

CHAPITRE IV

LA CONTRIBUTION DES ÉPOUX AUX CHARGES DU MÉNAGE D'APRÈS LA LOI DU 13 JUILLET 1907

§ 1. — *Historique de la loi*

Sans avoir bouleversé l'organisation générale de nos régimes matrimoniaux, la loi du 13 juillet 1907 n'en tend pas moins à restituer à l'épouse le rôle de collaboratrice du mari que lui reconnaissait la coutume au temps de Beaumanoir et à rendre plus effective l'obligation des époux de contribuer aux charges du ménage ; à ce double titre, nous devons lui consacrer quelques explications.

Dans son mémoire sur le Code civil et la question ouvrière, M. Glasson, rappelant l'insertion faite en 1857 par le législateur anglais, dans la loi du divorce, d'une clause protectrice de la femme abandonnée (1), constatait l'insuffisance de cette réforme, d'ailleurs rendue inutile par l'acte du 9 août 1870, lequel éta-

1. Art. 21 de la loi du 28 août 1857 (20 et 21 Vict. ch. LXXXV).

blissait une sorte de séparation de biens légale quant aux salaires (1) et par la loi du 18 août 1882, supprimant complètement l'incapacité civile de la femme mariée anglaise (2). La loi de 1857 permettait à la femme délaissée d'obtenir du magistrat une ordonnance lui garantissant la propriété de tous les biens qui lui adviendraient postérieurement à la désertion du mari. L'épouse demeurait sans protection contre les gaspillages de ce dernier s'il ne l'avait pas à proprement parler abandonnée. Or, selon les magistrats anglais, il n'y avait véritablement abandon qu'autant que le mari avait changé de localité. Averti par l'insuccès de la loi anglaise de 1857, n'osant pas toutefois proposer, à l'exemple de la loi danoise du 7 mai 1880, l'établissement entre les époux d'une séparation de biens légale quant aux salaires (3), M. Glasson demandait du moins que la loi vint au secours de la femme, non seulement au cas où le mari la délaisserait, mais dans toutes les

1. 33 et 34, Vict. ch. XCIII (*Married Women property Act*). L'article 1 assurait en effet à la femme mariée la jouissance, pour ses besoins personnels, en dehors de son mari, de tous salaires ou gains acquis par son travail séparé, ces gains et « leurs placements » étant désormais considérés comme propriété particulière de la femme.

2. 45 et 46 Vict. ch. LXXV art. 1. (*Annuaire* 82, p. 329).

3. Art. 1, *Annuaire*, 1880, p. 533.

hypothèses où il dissiperait le produit du travail de l'épouse.

Il lui paraissait impossible d'attribuer à la femme, sans ruiner l'autorité maritale, une capacité civile même partielle, du moment que les gaspillages du mari ne compromettaient pas l'avenir de la famille. Par contre, si ces gaspillages devenaient particulièrement graves, si notamment ils se compliquaient d'abandon, il ne suffisait plus de permettre à la femme de conserver ses propres salaires, il fallait l'autoriser à toucher partie de ceux du mari. S'inspirant de ces idées, MM. Jourdan, Dupuy-Dutemps, Montaut, en juillet 1890, saisirent la Chambre d'une proposition de loi, aux termes de laquelle la femme, au cas où l'inconduite du mari mettrait les intérêts du ménage en péril, pourrait obtenir de la justice le droit de toucher elle-même ses salaires personnels et d'en disposer librement. Conformément encore au désir formulé par M. Glasson, la proposition Jourdan réservait à la femme abandonnée par son mari la faculté de solliciter du juge de paix l'autorisation de faire saisir-arrêter, des salaires de son mari, une part fixée aux deux tiers si des enfants nés du mariage se trouvaient à sa charge, sinon au tiers, le tout suivant une procédure économique et rapide (1).

Comme le remarquait M. Cauwès, outre qu'elle

1. *J. off.*, 1890. Ch. Doc. parl. Annexe n° 862, p. 1629.

ne venait à l'aide de la femme que lorsqu'elle avait déjà subi les effets de l'inconduite ou de la désertion du mari, cette proposition avait le tort de graduer artificiellement les sanctions offertes à l'épouse. Seule l'abandonnée se verrait admise à toucher les salaires du mari. Pourvu que le mari continuât à vivre au foyer, il restait libre de gaspiller le produit de son travail dans la débauche ou l'ivresse. Dans ce cas la femme, à supposer même que l'élevage des enfants lui laissât le temps de se livrer à une profession séparée, était réduite, pour l'entretien du ménage, à ses salaires, trop souvent minimes.

Quoi qu'il en soit, la proposition Jourdan, prise en considération le 9 juillet 1894, fut fondue dans un texte unique avec une nouvelle proposition déposée par M. Goirand, celle-ci attribuant à la femme mariée, de plein droit et sous tous les régimes, la libre administration et disposition de son salaire (1). La Chambre des députés vota le texte nouveau le 27 février 1896 (2). L'admission du principe de la capacité de la femme relativement à ses salaires avait entraîné d'importantes modifications dans le texte primitivement proposé par M. Jourdan.

1. *J. off.*, 1894. Ch. Annexe n° 803, p. 1135 et n° 801, p. 1133. La proposition Goirand avait été prise en considération le 12 janvier 1895 (Ch. Déb. *J. off.*, 12 janvier 1895).

2. *J. off.* Ch. Déb., n° du 28 février 1896, p. 313.

Il convenait en effet, désormais, de protéger le mari contre les détournements de salaires que l'épouse pourrait commettre au détriment du ménage. Dans ce but, la Chambre reconnaissait au mari le droit de saisir-arrêter, selon la procédure abrégée proposée par M. Glasson et M. Jourdan, les produits du travail propre de l'épouse, mais au cas d'existence d'enfants exclusivement, sans distinguer par contre si la femme venait seulement à refuser de subvenir aux charges du ménage proportionnellement à ses facultés ou si elle désertait le foyer conjugal. Quant à la femme, le législateur, sous prétexte d'éviter dans la communauté une ingérence funeste à l'autorité maritale, ne lui accordait le même droit sur les salaires du mari que si celui-ci quittait le domicile conjugal (1).

Après un silence de dix ans, la réforme fut reprise le 14 mai 1907, par un rapport de M. Guillier, sénateur, sur la proposition votée par la Chambre des députés, à laquelle avait été jointe une proposition nouvelle du sénateur Gourju, sur le libre salaire de la femme mariée (2). Au cours de la discussion, M. Legrand fit adopter un amendement, précisant le projet de la commission et devenu l'article 2 de la loi, relatif au retrait, en cas d'abus, des droits nouveaux de la femme mariée. Le mari n'en conserva

1. *J. off.*, 1895. Ch. Ann., n° 1609, p. 1473.

2. *J. off.*, 15 mai 1907. Sén. Déb., p. 621.

pas moins la faculté que lui avait attribuée, sous certaines réserves, le texte voté par la Chambre en 1896, de saisir-arrêter partie des salaires de l'épouse, si elle ne contribuait pas spontanément aux charges du ménage. La nouvelle loi, votée par le Sénat, après une seconde délibération, le 24 mai (1), le fut par la Chambre le 11 juillet 1907.

§ 2. — *Influence sur le mandat tacite*

On sait comment, dans certaines situations, la jurisprudence avait tenté de soustraire aux caprices du mari le mandat tacite de la femme, en le supposant maintenu malgré l'intention probable de l'époux et en en rendant la révocation de plus en plus difficile. Cette jurisprudence trouvera dans la nouvelle loi un encouragement et un appui, sinon une consécration.

Désormais en effet, la femme, sous tous les régimes et nonobstant toute convention contraire, peut toucher seule ses salaires et émoluments, lesquels forment une sorte de pécule réservé. De ce pécule, font également partie les économies réalisées par elle sur ses gains et les valeurs mobilières et immobilières acquises en emploi de ces sommes (art. 1^{er}).

De ces biens, la femme a la libre administration

1. *J. off.*, 25 mai. Sén. Déb., p. 660.

et disposition, indépendamment de toute autorisation maritale. Elle est même capable de les aliéner seule, pourvu que ce soit à titre onéreux (art. 1^{er}). Ces pouvoirs nouveaux à elle conférés n'empêchent nullement la communauté, ou tout autre régime adopté par les époux, de subsister. Notamment, lors de la dissolution de la communauté, les biens réservés entrent dans le partage, sauf la faculté pour la femme de les conserver en acquittant les dettes dont ils sont grevés (art. 5). Ils demeurent au reste le gage des créanciers de la femme et même de ceux avec qui le mari a traité dans l'intérêt du ménage, à la condition que cette saisie soit rendue possible par le régime antérieurement adopté par les époux (art. 3). Pour l'exercice des droits que la loi lui reconnaît sur les produits de son travail, la femme est apte à ester en justice sans autorisation (art. 6).

Recevant le pouvoir d'administrer seule ses gains particuliers et d'en disposer librement dans l'intérêt du ménage, elle se trouve associée dans une certaine mesure à la gestion de la masse spécialement affectée à l'entretien de la famille. Plus particulièrement, sous la communauté, dans le domaine des attributions ménagères, elle n'est plus réduite, pour engager les biens communs, à la délégation de pouvoir consentie par le mari sous l'espèce d'une procuration supposée. Relativement du moins aux biens que son travail ou son industrie séparés font entrer dans

la communauté, ce pouvoir nouveau de l'épouse est incontestable.

Faut-il s'en tenir là ? L'article 5 *in fine* de la proposition Gouju spécifiait que même les biens communs laissés à l'administration maritale répondraient des dettes contractées par la femme dans l'intérêt du ménage (1). La loi du 13 juillet 1907 déclare simplement que « le mari n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens, des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme, même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'article 1, mais sans autorisation maritale. » La jurisprudence n'en profitera-t-elle pas pour repousser progressivement la fiction du mandat tacite ? En d'autres termes, de cette disposition, ne conclura-t-elle pas, *a contrario*, que les biens du mari et ceux de communauté répondraient des dettes contractées par la femme sans autorisation, si leur objet était de satisfaire aux besoins communs ? Là se trouve sans doute en germe une nouvelle conception des procédés permettant de réaliser l'obligation maritale d'entretien. Nous devons nécessairement indiquer ce point de vue dans notre étude.

Les auteurs de la loi du 13 juillet 1907 n'ont pas

1. *J. off.*, 1906. Sénat. Doc. parl. Annexe 304.

cru déroger aux règles du Code sur la contribution des époux aux charges du ménage. Les pouvoirs nouveaux de la femme sur ses salaires et émoluments ne lui sont conférés que dans l'intérêt du ménage ; le législateur s'est rangé en effet au système de la loi belge du 10 mars 1900, laquelle donne à la femme le droit, sans le concours et à l'exclusion de son mari, mais sauf opposition de ce dernier, de toucher son salaire et d'en disposer pour les besoins communs (1). De là découle pour la femme l'obligation d'employer tous ses gains à l'entretien du ménage, sans rien en distraire pour son profit personnel, et de bien administrer. Faute de quoi, elle s'expose à être privée des pouvoirs que lui confère l'article 1. En pareil cas, le mari l'invitera à comparaître devant la Chambre du conseil du tribunal de première instance, lequel prononcera le retrait total ou partiel des droits de l'épouse sur ses salaires. S'il y a urgence, une ordonnance de référé habilitera le mari à s'opposer aux actes qu'elle se prépare à passer avec un tiers (art. 2 *in fine*)

1. Art. 30, *annuaire* 1900, p. 316. — Un principe analogue avait déjà inspiré nos lois des 9 avril 1881 (art. 6) et 20 juillet 1895 (art. 16) sur les caisses d'épargne.

§ 3.— *La saisie de salaires entre conjoints*

Indépendamment de ce pouvoir de contrôle, le mari trouve dans l'article 7 la faculté de saisir-arrêter, des salaires de la femme, une part proportionnelle aux besoins du ménage, si elle refuse d'y participer.

Ce droit de saisie du mari, logique dans le projet voté par la Chambre en 1896 et dans la proposition Gourju (1), semble faire double emploi avec les restrictions déjà apportées par l'article 2 à la liberté de la femme. De cet article, il paraît même contredire le principe, la saisie ne pouvant porter que sur partie des biens réservés, sur la portion nécessaire aux besoins communs. Cette contradiction entre les deux dispositions présente un grave danger, étant susceptible d'induire le mari à se prévaloir de préférence de celle qui lui donne des droits considérablement plus étendus. Il est à souhaiter que les tribunaux, tirant parti de cette incohérence législative, instaurent le procédé des saisies comme une période d'épreuve, au bout de laquelle seulement et faute par les saisies d'avoir assuré la vie du ménage, la femme pourrait être déchue de ses pouvoirs sur le pécule réservé.

1. La proposition Gourju ne contenait en effet aucune disposition analogue à l'article 2 du texte définitif.

Quoi qu'il en soit, l'égalité entre les époux, voulue cependant par le législateur, en ce qui concerne les droits de chacun sur les gains de l'autre, se trouve rompue : la femme ne risque-t-elle pas de perdre ses droits sur les produits de son travail, par cela seul qu'elle n'affecte pas la totalité de ses émoluments à l'entretien de la famille, tandis que le mari échappe à tout contrôle à la condition de collaborer suffisamment aux charges du ménage ? Certes, le texte définitif ne consacre pas les différences de traitement qu'établissait la proposition votée en 1896 : la femme est admise à saisir-arrêter les gains du mari par le seul motif qu'il refuse sa contribution aux charges, alors même qu'il n'a pas déserté ; le droit du mari de son côté, pas plus que celui de la femme, ne dépend désormais de l'existence d'enfants communs. Il n'en reste pas moins faux, malgré ces améliorations, que la loi, selon le vœu de M. Guillier (1), ait supprimé toutes distinctions entre les conjoints.

On ne saurait contester cependant qu'elle ait apporté à la femme des moyens plus efficaces de réaliser son droit aux aliments.

En effet, avant sa promulgation, nous y avons déjà fait allusion, on hésitait à reconnaître à la femme, durant la vie commune, une action judiciaire aux fins d'obtenir du mari l'allocation des sommes

1. *J. off.*, 1907. Sénat. Doc. parl. Annexe 77.

nécessaires à son entretien. De quelques dispositions spéciales, avis du Conseil d'Etat des 22 décembre 1807 et 11 janvier 1808, lois des 11 et 18 avril 1831, du 9 juin 1853, il résultait que la femme d'un pensionné de l'Etat, s'il ne remplissait pas ses devoirs à son égard, pouvait faire saisir ou retenir administrativement le tiers de sa pension civile ou militaire (1). Mais, d'une façon générale, la ressource normale de l'épouse que son mari privait du nécessaire consistait dans la demande en divorce ou en séparation de corps. Au cas seulement de séparation de fait imputable au mari, on eût pu concevoir qu'elle pratiquât, pour obtenir paiement de la pension à elle allouée, des saisies-arrêts sur les salaires du mari, mais elle eût dû remplir toutes les formalités auxquelles est soumise cette voie d'exécution. Ces formalités ont vécu. En effet, la loi nouvelle ne s'est pas bornée à consacrer au profit de chacun des époux la faculté de saisir-arrêter les salaires de l'autre par la seule raison qu'il ne contribue pas spontanément aux charges.

Elle organise en outre une procédure abrégée et économique. Toutefois l'exemption des droits de timbre et d'enregistrement concédée par les textes

1. Un arrêt de Toulouse du 18 janvier 1840 considéra notamment que l'article 28 de la loi du 11 avril 1831, bien que ne parlant formellement que du droit des enfants et ascendants, visait en réalité toutes obligations nées du mariage.

antérieurs n'a pas été maintenue. L'immunité fiscale ne se justifierait pas en effet au cas d'époux aisés, cas qui se rencontrera fréquemment, puisque l'article 7 s'applique à tous les ménages, même à ceux où la femme ne se livre à aucun travail séparé et salarié (1). S'il s'agit de conjoints indigents, ils obtiendront le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Les formes de la saisie sont plus simples encore que celles prévues par la loi du 12 janvier 1895 pour la saisie-arrêt des salaires et petits traitements. Le saisissant, qui n'a pas besoin d'obtenir une condamnation contre son conjoint afin de se procurer un titre, ni, à défaut, de solliciter une permission du président du tribunal, appelle ce conjoint devant le juge de paix au moyen d'un avertissement rédigé par le greffier sous forme de lettre recommandée à la poste. L'avis de réception n'est même pas exigé. La lettre doit indiquer la nature de la demande. L'oubli de cette mention autoriserait le défendeur à ne pas comparaître.

Le juge compétent est celui du domicile du mari.

La compétence donnée à ce magistrat est-elle absolue et exclusive ? En d'autres termes, subsiste-

1. Cette portée générale de l'article 7 ressort clairement du titre même attribué à la loi sur l'observation de M. le Sénateur Le Chevalier : « Loi relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage ».

t-elle, quel que soit le chiffre de la demande, sauf faculté d'appel au-dessus de 300 francs ? ou bien au contraire faut-il respecter les limites ordinaires de la compétence des juges de paix, telles que les pose la loi du 12 juillet 1905 ? L'on hésite à déroger à ces règles fondamentales, si l'on songe que la loi du 13 juillet 1907 n'a pas expressément ajouté les litiges relatifs à la saisie de salaires entre époux aux cas, limitativement prévus par la loi de 1905, où se trouve étendue la compétence des juges de paix ; ce silence est d'autant plus probant que d'autres textes, notamment la loi du 8 juillet 1907 sur la vente d'engrais, n'ont pas omis de spécifier la compétence absolue des juges de paix dans la matière qu'ils réglementent. Ces arguments ont conduit le tribunal civil de Châlons-sur-Marne, malgré les conclusions contraires de M. le substitut Léon Lyon-Caen, à se déclarer compétent sur la demande d'une femme en validité de la saisie-arrêt qu'elle avait pratiquée aux mains de la Compagnie de l'Est, pour 980 francs, sur la pension de retraite de son mari qui l'avait abandonnée (1).

Il faut avouer que cette solution, imposée, semble-t-il, par le respect des textes et des principes, n'en contredit pas moins fâcheusement l'esprit de la loi du 13 juillet 1907. Que devient la simplification

1. Jugement du 19 mars 1909. *Gaz. trib.*, 4 juin 1909.

voulue par le législateur si le tribunal civil retrouve compétence lorsque la demande dépasse un certain chiffre.

Le conjoint appelé, à moins d'empêchement grave et justifié, doit se présenter en personne. Le plaignant doit faire tenir au juge un état des charges du ménage, il doit aussi justifier du chiffre des salaires ou émoluments tant du défendeur que de lui-même. Ces renseignements servent au juge pour déterminer la somme pour laquelle il convient d'autoriser l'opposition.

L'époux qui obtient la permission de saisir-arrêter, des salaires de l'autre, une part correspondant aux besoins du ménage, doit signifier le jugement autorisant cette mesure tant à l'autre époux qu'au tiers débiteur de ce dernier. Cette double signification vaut saisie-arrêt. La loi de 1907 a poussé la simplification jusqu'à la suppression de la déclaration affirmative ; peut-être pourra-t-il s'en suivre, pour le saisissant, une certaine difficulté à renseigner le juge sur le chiffre des salaires dus.

Comme le jugement prononçant le retrait des pouvoirs de la femme, la décision qui autorise la saisie est, selon l'article 10, exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel, sans caution, conséquence du caractère urgent de la mesure.

Dans le silence de la loi, les voies de recours sont régies par le droit commun. Le conjoint condamné

par défaut pourra former opposition, dans les trois jours de la signification, au jugement autorisant la saisie d'une part de ses salaires (art. 20 du Code de proc.). L'appel pourra être formé jusqu'au trentième jour après la signification (art. 13 de la loi du 25 mai 1838).

Si l'époux contre qui un jugement a été rendu, conformément à l'article 2 ou à l'article 7, vient à s'amender, il pourra obtenir le retrait de la mesure prise à son égard, en suivant la procédure selon laquelle cette mesure a été décidée. Les changements qui surviendraient dans la situation respective des conjoints rendraient également possible la modification du jugement même devenu définitif. On peut se demander si le juge compétent à cet effet sera nécessairement celui qui a connu de l'affaire originairement, ou s'il faudra donner la préférence au juge du domicile actuel du défendeur, alors même que le jugement à modifier n'émanerait pas de son siège.

Par analogie avec les pensions alimentaires, les décisions permettant pour un temps indéterminé la saisie de salaires se trouvent assujetties à un droit de 10/0 sur le capital formé par dix fois le montant de la somme à retenir annuellement. Aussi les juges de paix limitent-ils d'ordinaire l'autorisation de saisie à six mois de salaire, de façon à éviter aux conjoints des frais exagérés et en contradiction avec l'esprit de la loi. Ils devraient toutefois se garder, selon

la recommandation du ministre de la Justice, de réduire à un temps trop court l'effet de leurs décisions, ce qui obligerait les parties à recommencer la procédure (1).

Les travaux préparatoires montrent que l'article 7 ne déroge pas à l'article 1537, lequel oblige la femme séparée de biens contractuellement, à défaut de convention contraire, à contribuer aux charges du mariage à concurrence du tiers de ses revenus (2); mais le juge, semble-t-il, pourrait autoriser le mari à saisir, des salaires de cette femme, une part supérieure à cette proportion, si ses ressources, jointes à la contribution normale de l'épouse, ne suffisaient pas à l'entretien du ménage.

Il peut arriver qu'une saisie-arrêt opérée en vertu de l'article 7 soit en concours avec des saisies pratiquées par des créanciers ordinaires. La saisie du conjoint primera-t-elle les autres, en raison de sa qualité, ou bien, au contraire, les étrangers passeront-ils avant l'époux saisissant, en alléguant qu'il n'est pas à proprement parler un créancier ?

Dans son rapport à la Chambre des députés, M. Viollette opinait que l'opposition du conjoint devrait l'emporter sur toutes autres : « Le texte de l'article 7, disait-il, indique en effet nettement que

1. Circulaire de fin octobre 1909.

2. *J. off.* 1907. Ch. Doc. parl. Annexe n° 1128.

les sommes qu'il s'agit ainsi de saisir-arrêter ont un caractère alimentaire ; aucune autre procédure ne peut donc les distraire de leur destination naturelle » (1). D'autre part, l'article 9 paraît imposer cette solution, en déclarant que la signification au conjoint et au débiteur de salaires du jugement de paix vaudra transport « sans autre procédure », ce qui paraît écarter la nécessité d'une distribution par contribution, s'il y a d'autres saisissants que le conjoint.

Il convient de remarquer que M. Viollette n'invoque pas à l'appui de sa thèse le caractère en quelque sorte privilégié de la créance de l'époux. Il semble dire : toute autre saisie que celle du conjoint était sans fondement comme portant sur des biens insaisissables ; les salaires prennent ce caractère alimentaire et insaisissable par le seul fait qu'ils forment, après examen par le juge, l'objet d'une saisie pratiquée par le conjoint.

Cette manière de voir correspond à l'idée qui domine la loi de 1907. Celle-ci considère en effet les salaires ou émoluments comme spécialement affectés aux besoins du ménage. Il est naturel que chaque conjoint soit armé aux fins d'empêcher qu'ils ne soient soustraits à cette destination légale (2).

1. *J. off.*, 1907, Ch. Annexe 1128.

2. Peut-être faudrait-il tenir compte pourtant de ce que le

Des travaux préparatoires, il résulte également que l'article 7 doit se combiner naturellement avec les dispositions de la loi du 12 janvier 1895 (1). Notamment, il est hors de doute que la saisie ne saurait être restreinte au dixième des salaires de l'époux qui manque à ses devoirs.

Les sommes insaisissables comme ayant le caractère alimentaire ne deviennent-elles pas saisissables pour cause d'aliments ?

Il semble d'autre part que celui des conjoints dont les salaires auraient été frappés, pour neuf dixièmes par exemple; d'une opposition de l'autre, ne saurait se prévaloir de cette première saisie pour repousser la saisie que feraient des étrangers du dixième restant. Ce dixième n'a pas le caractère alimentaire et insaisissable, les neuf dixièmes saisis par le conjoint devant eux-mêmes servir à l'acquisition d'aliments dont profitera le saisi.

Sur le champ d'application de l'article 7, la jurisprudence est restée quelque temps indécise. Certaines décisions l'ont restreint à l'hypothèse où les époux mènent régulièrement vie commune, notamment un jugement du tribunal civil de Boulogne-sur-Mer du

mari n'est tenu d'entretenir sa femme que selon son état et ses facultés, lesquels s'établissent précisément par la comparaison de son actif et de son passif.

1. Rapport Viollette.

5 mars 1908, rendu dans l'espèce suivante : Les époux L. D... vivaient séparés de fait depuis le 20 décembre 1904, la femme à Roubaix, le mari à Calais. La dame L..., se prétendant hors d'état de suffire à ses besoins, demanda au juge de paix de Calais la permission de saisir-arrêter, dans les termes de la loi du 13 juillet 1907, des émoluments de son mari une part proportionnelle à ses besoins. Le mari, invoquant la séparation de fait, contesta la compétence du juge de paix, l'espèce selon lui ne tombant pas sous l'application de la loi de 1907. Le juge, par une même décision, se déclara compétent et fixa à 80 francs la somme qu'il autorisait la femme à toucher mensuellement sur les appointements du défendeur. Sur appel du mari, le tribunal de Boulogne dit que c'était à tort que la dame L... avait prétendu baser sa demande sur les dispositions de la loi du 13 juillet 1907, que cette loi était inapplicable à l'espèce et le juge de paix incompétent pour en connaître. Le jugement de paix du 8 janvier 1908 fut donc mis à néant. Le tribunal s'était déterminé par les motifs suivants : Hors le cas de vie commune, celui des époux qui demande à l'autre une pension ne peut fonder son action que sur le devoir réciproque de secours ou, s'il s'agit de la femme, sur le devoir marital de protection. Pour établir son droit, il lui faut justifier que la faute de l'autre conjoint l'a obligé à s'éloigner ; la loi nouvelle, il est vrai,

pour garantir l'entretien de la famille, pour défendre l'un des époux contre les dilapidations de l'autre, consacre l'obligation pour chacun d'eux de contribuer aux charges du ménage et assure énergiquement l'exécution de ladite obligation ; mais elle a donné à l'expression « ménage » le sens courant, que lui donne notamment l'article 1537, « d'une famille groupée sous le même toit, dont chacun des membres est l'occasion de dépenses à prélever sur un fonds commun ». Or, deux époux qui vivent dans une habitation distincte n'ont plus de charges communes et ils ne sauraient être considérés comme vivant en ménage⁽¹⁾.

En sens contraire, un jugement de paix de Saint-Gilles, du 15 mai 1908 (2), a décidé que le seul fait de la cessation de la vie commune, entre époux non judiciairement séparés, ne saurait écarter la compétence reconnue par l'article 7 au juge de paix pour autoriser une saisie-arrêt sur les salaires du conjoint dissipateur. Ont également répudié l'interprétation restrictive le juge de paix du XVIII^e arrondissement de Paris, dans une décision du 4 octobre 1907 (3), celui de Montredon, le 4 novembre

1. *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 296. D. 1909. 2. 17. Remarquer que le mot ménage ne figure pas dans l'article cité.

2. *Gaz. Pal.*, 1908 6^{me} fascicule p. 603.

3. *Moniteur des justices de paix*, n^o de novembre 1907, p. 502.

1907 (1), et la Cour de cassation elle-même par arrêt du 1^{er} février 1909 (2).

L'interprétation restrictive nous paraît en effet contredire l'esprit général de la loi. Elle est condamnée par la généralité des termes de l'article 7, dont le sens s'éclaire encore si l'on se reporte aux travaux préparatoires. Après avoir reconnu à chaque conjoint le droit de saisir-arrêter les salaires de l'autre, par cela seul que ce dernier néglige de contribuer spontanément à l'entretien du ménage, M. Guillier n'ajoute-t-il pas que ces expressions « englobent le cas, qui est le plus fréquent, d'abandon par un des conjoints du domicile conjugal » (3) ?

En ce qui concerne spécialement le droit de la femme, il serait étrange que la faculté de saisie lui fût enlevée au cas d'abandon, alors que cette hypothèse était expressément et exclusivement visée par la proposition Jourdan, dont la loi de 1907 constitue en somme le lointain aboutissement. Au surplus, il ne faut pas oublier que si, pendant la vie commune, la jurisprudence et la doctrine tendaient à priver la femme de toute action contre le mari aux fins d'aliments, elles lui reconnaissaient dès longtemps, au

1. *Bulletin des décisions de justice de paix.*, 1908, p. 57. D. 1908. 5. 25.

2. Cassant le jugement de Boulogne du 5 mars 1908. D. 1909. 1. 85.

3. *J. off.*, 1907. Sén. Annexe 77.

cas d'abandon injustifié par le mari, le droit à pension. Concevrait-on que, désirant améliorer la condition de la femme, le législateur de 1907 se fût borné à la favoriser là où elle manquait antérieurement de protection, en se désintéressant de la situation où la jurisprudence n'hésitait pas à lui venir en aide ?

Ces quelques considérations montrent combien il est improbable qu'en employant le mot « ménage », la loi de 1907 ait entendu restreindre à l'hypothèse de la vie commune le bienfait des sanctions qu'elle apportait aux règles de la contribution des époux aux charges. D'ailleurs, arrêts et auteurs emploient indifféremment le mot « ménage » ou le mot « mariage » et le Code lui-même, qui parle de « mariage » dans les articles 1409 et 1537, emploie dans l'article 1448 l'expression de « ménage ». Il serait donc téméraire de tirer, du fait qu'une disposition légale se sert de l'un ou l'autre mot, des conséquences relatives à la signification et à la portée de ce texte.

La vérité c'est que, si la séparation de fait n'exclut pas l'application de l'article 7, il n'en faut pas moins tenir compte des règles antérieurement posées sur l'obligation alimentaire. La permission de saisir les salaires de son conjoint devra être naturellement refusée à celui que les tribunaux privaient, antérieurement à la loi de 1907, du droit d'en obtenir

une pension alimentaire. Il ne saurait être question, notamment, d'accorder le bénéfice de l'article 7 à celui des époux qui déserte le domicile conjugal, malgré son conjoint et sans raison plausible. Pourraient être saisis, au contraire, les produits du travail de celui qui délaisse l'autre injustement, ou même de celui dont la faute aurait contraint l'autre à une habitation séparée. De même, ni le mari ni la femme ne seraient admis à exercer la faculté consacrée par l'article 7, au cas où la rupture de l'existence commune dériverait de leur accord. Cette faculté serait néanmoins reconnue à celui qui, las de son isolement, aurait sollicité en vain la reprise de la vie conjugale.

C'est bien sous le bénéfice de ces distinctions que nombre de décisions ont interprété l'article 7 comme n'étant nullement inapplicable au cas de séparation de fait (1). Aux termes de l'article 7, peuvent être saisis-arrêtés, suivant la procédure avantageuse instaurée par la nouvelle loi, les salaires et produits du travail de l'époux qui ne contribue pas aux charges selon ses ressources (2). Il est impossible

1. Cf. Jugement de paix de Paris, 4 octobre 1907, pour le cas de désertion du mari. — Cf. aussi le jugement de Saint-Gilles précité, admettant au bénéfice de l'article 7 la femme qui vit séparée de son mari, mais que celui-ci refuse de recevoir chez lui et à laquelle il ne donne rien de ses salaires.

2. Ce qui comprend les arrérages de rentes, les pensions de retraite, les indemnités d'assurance dues à l'occasion du travail.

d'étendre cette disposition aux revenus de ses biens. Il faut aller plus loin : la femme que son mari priverait égoïstement des objets nécessaires à la vie ne puiserait pas dans l'article 7 le droit de saisir aux mains du mari et de toucher directement les revenus de sa fortune personnelle, si le mari en avait la jouissance et l'administration (1). Depuis comme avant 1907, sa meilleure garantie résiderait en pareil cas, pourvu que la dilapidation du mari mit sa dot en péril, dans la possibilité d'une séparation de biens.

Cette limitation des valeurs sur lesquelles peut porter la saisie est due aux origines de la loi. L'on fut surtout ému en effet par la situation malheureuse des ménages ouvriers, où, trop souvent, le mari dissipe ses gains dans des dépenses inavouables. C'est un sentiment de pitié, de charité même, qui inspirait le célèbre mémoire de M. Glasson et de ce sentiment le législateur n'a su se dégager entièrement : quoiqu'il s'en soit défendu, il s'est trouvé avoir fait une loi de classe. Peut-être, même dans le monde des travailleurs peu aisés, la loi ne produira-t-elle pas les effets qu'on en attend. Il est à craindre que le conjoint qui entend employer ses salaires à

1. C'est donc à tort que le jugement de paix de Montredon a autorisé une femme à saisir-arrêter, en vertu de l'article 7, aux mains de son mari, partie des revenus d'un immeuble à elle appartenant.

son profit exclusif ne trouve, dans le changement fréquent d'atelier ou dans le travail au jour le jour, un moyen trop facile d'échapper aux sanctions prévues par l'article 7.

Existe-t-il un remède à cette insuffisance de la législation nouvelle ? C'est ce que nous examinerons ultérieurement, après que nous aurons rencontré les tentatives d'ordre pénal faites dans certains pays pour assurer l'entretien de la famille.

TROISIÈME SECTION

La cohabitation et l'obligation alimentaire au cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps.

CHAPITRE PREMIER

MESURES RELATIVES A LA RÉSIDENCE SÉPARÉE

La dispense définitive de la cohabitation ne saurait résulter que d'un jugement prononçant le divorce, c'est-à-dire la rupture complète du lien conjugal ou la séparation de corps, dont le but est précisément, tout en maintenant le mariage, de permettre aux époux de vivre chacun dans une habitation distincte. Mais, pour éviter aux conjoints les inconvénients que le fait de l'instance pourrait faire naître de la vie commune, la loi a rendu possible la suspension provisoire de cette dernière.

En matière de divorce, l'article 268 ancien donnait le pouvoir d'autoriser cette suspension au seul tribunal.

En matière de séparation de corps, aux termes de l'article 878 du Code de procédure, il appartenait au président du tribunal de statuer, par la même ordon-

nance par laquelle, faute d'avoir pu concilier les parties, il les renvoyait à se pourvoir.

Dans l'un et l'autre cas, la demande d'une résidence distincte une fois formulée, il fallait obligatoirement y accéder (1). L'un et l'autre article visaient seulement la résidence de la femme : contre les dangers que pouvait présenter la continuation de l'existence commune, le mari semblait, à tort, suffisamment protégé par sa prérogative de fixer son domicile en toute liberté de choix.

Sur le caractère de l'ordonnance rendue conformément à l'article 878, une controverse s'était produite. L'appel était-il recevable contre cette décision autorisant la demanderesse en séparation à vivre dans une résidence distincte ?

Certaines décisions avaient ouvert cette voie de recours au mari, en arguant que l'appel était de droit commun et qu'il n'avait pas été exclu en cette matière par une disposition spéciale. Selon cette jurisprudence, l'appel, possible déjà lorsque la femme était habilitée à vivre hors du domicile conjugal (2), devait surtout être reçu lorsqu'elle était habilitée à rester dans ce domicile (3).

1. *Sic* : Colmar, 22 mai 1861. D. 62. 5. 288, surtout si la demande était formée pour sévices graves. — Nancy, 17 août 1854. D. 56. 2. 163.

2. Limoges, 21 mai 1845. D. 49. 2. 45.

3. Douai, 3 avril 1852. D. 53. 2. 151. — Colmar, 23 mai 1860. D. 60. 2. 200. — Paris, 19 mai 1874. D. 76. 2. 27.

D'autres décisions avaient au contraire refusé le droit d'appel à la partie à qui faisait grief la désignation, au profit de la femme, d'une résidence provisoire étrangère au domicile conjugal (1). Elles ne voyaient « dans ces mesures de précaution qu'une prévoyante sollicitude du législateur, qui avait voulu placer les époux sous la tutelle et la protection de l'autorité judiciaire. L'action du président ne s'exerçait pas sur un litige, mais simplement en vue d'un litige » (2). L'impossibilité d'appel avait même été étendue, rarement, il est vrai, à l'hypothèse où le mari se trouvait indirectement chassé du domicile conjugal par la grave mesure qui permettait à la femme d'y maintenir sa résidence personnelle (3).

La loi du 18 avril 1886 a unifié la procédure du divorce et de la séparation (4). Depuis lors, le pouvoir d'autoriser la suspension provisoire de la vie conjugale est conféré au président du tribunal, qui peut l'exercer dès l'ordonnance par laquelle il permet au demandeur de citer son conjoint en conciliation (art. 236). Alors même qu'elle statue sur la résidence, cette première ordonnance reste d'ailleurs un

1. Dijon, 22 août 1856. D. 56. 2. 206.

2. Cf. Aix, 13 janvier 1873. S. 73. 2. 11.

3. Rouen, 3 mai 1847. D. 49. 2. 46. — Paris, 2 août 1841. D. 49. 2. 45, note 1.

4. Du moins en ceci que les articles 236 à 244 sont désormais applicables à la séparation.

acte de juridiction gracieuse, échappant aux voies de recours. La partie que léserait la désignation d'une résidence séparée devrait en contester l'opportunité devant le président lors de la tentative de conciliation, sans préjudice de son droit, s'il y avait lieu, d'agir en référé.

Le président statue à nouveau, s'il y a lieu, dans l'ordonnance permettant d'assigner devant le tribunal. Il n'est pas à craindre que l'époux las de la cohabitation ne profite de cette disposition pour se ménager une demeure séparée, sans poursuivre l'instance : les mesures provisoires cessent de plein droit, faute par lui d'user de son permis de citer dans les vingt jours de l'ordonnance. Le tribunal saisi, le président ne conserve le droit d'ordonner lesdites mesures qu'au cas d'urgence et en tant que juge des référés, sauf controverse sur la portée de cette compétence, l'alinéa 5 de l'article 238 ne parlant que de la résidence de la femme. Au surplus, les mesures provisoires sont toujours, le tribunal saisi, susceptibles d'être rapportées ou modifiées, en égard aux circonstances, par jugement de ce tribunal.

D'autre part la loi a rendu l'ordonnance par laquelle le président autorise le demandeur à assigner son conjoint devant le tribunal susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure (1).

1. L'ordonnance cesserait d'être susceptible d'appel, selon

L'appel, qui doit être porté devant la Cour (1), ne serait pas recevable s'il avait été interjeté après la quinzaine, à dater de la signification.

Par suite de son assimilation avec les ordonnances sur référés, l'ordonnance intervenue après l'échec de l'essai de conciliation n'est pas susceptible d'opposition ; elle est exécutoire par provision, nonobstant appel.

Les termes des articles 236 et 238 permettent de douter que le président — sinon le tribunal — puisse statuer d'office sur la résidence distincte (2). Si elle est demandée, doit-elle nécessairement être accordée ? L'article 236 dit que le juge « peut (l') autoriser », l'article 238 qu'il « statue à nouveau, s'il y a lieu ». Encore qu'à la rigueur on puisse voir seulement, dans le mot « peut », une allusion au pouvoir nouveau attribué au président par la loi de 1886, les termes des deux articles semblent plutôt consacrer le pouvoir discrétionnaire du juge (3). En pratique, il aura peu d'occasions de refus. D'ailleurs, si,

Bordeaux, 23 mars 1887 (D. 88. 2. 109), si l'un et l'autre époux avaient expressément adhéré à la mesure touchant la fixation de la résidence séparée.

1. A la séance du 7 décembre 1885, M. Griffe avait présenté un amendement tendant à ce que le recours ne fût pas porté devant la Cour, mais devant le tribunal. Il fut rejeté. (*J. off.*, Sénat, débats, n° du 8 décembre 1885.)

2. En ce sens Vrayze et Gode, t. II, n° 535.

3. *Sic* : Coulon, t. IV.

malgré le bien-fondé de la demande en divorce, le tribunal surseoit au prononcé, l'habitation séparée, estimée indispensable au succès de cette suprême tentative de réconciliation, sera obligatoirement prescrite, si la mesure n'a pas encore été prise (art. 246).

La faculté de solliciter l'autorisation de vivre seul appartient à l'époux demandeur, aussi bien au mari qu'à la femme. A juste titre, on a reconnu en effet l'utilité de cette permission pour le mari : grâce à elle, il sera dispensé de recevoir la femme dans son domicile distinct, sans qu'elle puisse trouver dans cette séparation motif à demande reconventionnelle en divorce ou séparation de corps.

Relativement à la résidence de l'époux défendeur, s'il est difficile d'admettre que le président ait pouvoir de statuer dès la première ordonnance, pourquoi ne serait-il pas du moins fondé à statuer lors de l'ordonnance de non-conciliation ? la solution semble s'imposer, si l'on considère que l'époux défendeur a pu alors faire valoir ses raisons devant lui, et qu'à ce moment de la procédure la continuation de la vie commune présente des risques plus graves. De toutes façons, les pouvoirs du tribunal sur ce point sont incontestables : il résulte en effet de l'article 240 que le tribunal possède le droit d'ordonner toutes mesures urgentes.

Lorsqu'il s'agit de la résidence de la femme, le

juge doit en fixer l'endroit (1). Les convenances exigent qu'au cours de l'instance le mari ne soit pas dans l'impossibilité de veiller sur la conduite et la réputation de celle qui lui demeure, et continuera peut-être de lui demeurer, unie par le mariage. L'existence d'un domicile certain est d'ailleurs indispensable à la conduite de la procédure. A ce dernier point de vue, la résidence assignée à la femme devient en effet son domicile provisoire, par dérogation implicite à l'article 108, et là doivent lui être signifiés les actes relatifs à l'instance (2). Evidemment, la femme serait fondée à repousser toute demande du mari en réintégration du domicile conjugal et si le mari voulait pénétrer violemment chez elle, il pourrait être condamné pour bris de clôture et violation de domicile (3).

Si la résidence où la femme est autorisée à vivre seule constitue à son égard, au point de vue des significations, un domicile provisoire, si elle est, au sens du Code pénal, un domicile véritable, il n'en

1. Toutefois la Cour de cassation a admis que tout ce qui concerne la résidence de la femme pendant l'instance peut-être réglé d'un commun accord entre les parties. (Ch. des req., 6 février 1889. S. 91. 1. 379.)

2. Bastia, 12 juillet 1892. S. 94. 2. 116. — Besançon, 20 novembre 1896. D. 97. 2. 348.

3. Trib. Bagnères-de-Bigorre, 17 octobre 1903. (*France jud.*, 1903. 2. 388.)

reste pas moins que strictement et légalement le domicile du mari conserve son caractère de domicile conjugal, non seulement vis-à-vis des tiers, mais vis-à-vis des époux eux-mêmes (1), jusqu'à la rupture définitive du lien matrimonial. Le mari, notamment, commettrait le délit d'adultère, s'il y entretenait une concubine (2).

Le juge doit préciser l'endroit où il autorise la femme à vivre seule, mais la jurisprudence se montre plus ou moins exigeante à cet égard. Le tribunal de Valenciennes a admis, le 16 juin 1896, que la loi était satisfaite par la seule désignation de la localité (3). Un arrêt de Paris du 5 mars 1895 considère comme régulière la permission accordée à la femme de se retirer chez l'un ou l'autre de ses enfants, à charge par elle d'aviser le mari de son choix dans les vingt-quatre heures (4). Ces décisions contrarient le vœu manifeste de la loi qui impose à l'épouse l'obligation de justifier de sa résidence dans la « maison indiquée ».

On reconnaît aux juges toute liberté dans le choix de cette maison, sauf à tenir compte des circons-

1. Baudry. *Des personnes*, t. III, n° 186. — Paris, 19 juin 1895. D. 96. 2. 378.

2. Bordeaux, 18 décembre 1896. (*Loi*, n° du 16 février 1897.)

3. *Droit*, 21 juillet 1896.

4. S. refondu, 94-95. 2. 227 aussi S. 95.2.192.

tances de la cause et de l'intérêt des justiciables (1).

Ils pourraient même autoriser la femme à résider hors de l'arrondissement du tribunal saisi ou à l'étranger (2), selon les cas et convenances. En fait, ils accordent cette permission lorsque la femme désire vivre auprès de ses parents (3), ils la refusent si elle veut aller habiter chez une personne non parente (4).

Il est douteux que, comme on l'a prétendu, les juges puissent autoriser l'épouse à demeurer au domicile conjugal avec son mari, tout en menant vie séparée (5).

Mais peuvent-ils du moins l'autoriser à y rester seule ?

Un arrêt de Bruxelles du 20 février 1901 pose en principe que pareille mesure ne se justifierait que par des circonstances d'une gravité exceptionnelle (6).

La Cour de cassation l'a considérée (7) comme ren-

1. Cas. req. rejet, 18 janvier 1892. Pand., 93. 1. 95. S. 92. 1. 68.

2. Labori, Vraye et Gode, t. II, n° 544.

3. Cas., 14 mars 1816. S. 17. 1. 8.

4. Paris, 4 décembre 1810. S. 11. 2. 435.

5. En ce sens Labori, Vraye et Gode, *loc. cit.*

6. Pasicrisie, 1901. 238. — Aussi Caen, 16 février 1905. (*Rec. Som.*, 06.349.)

7. 18 janvier 1892, précité. — Cf. Paris, 25 février 1885. S. 85. 2. 87; D. 86. 2. 86.

trant dans l'appréciation souveraine du juge. Elle a même jugé que le maintien du mobilier au domicile conjugal, à moins d'importance extraordinaire, n'était que la conséquence de la mesure et le mode d'exécution de l'obligation incombant au mari de subvenir aux besoins de la femme pendant l'instance (1).

Les raisons de maintenir au domicile conjugal la résidence de l'épouse sont parfois d'ordre sanitaire, le plus souvent d'ordre commercial. Ce maintien est notamment autorisé lorsque la femme est propriétaire d'un fonds qu'elle exploite à ce domicile (2) ou lorsqu'elle assure personnellement la direction de l'établissement commun (3). Il en est ainsi surtout si l'entreprise lui doit sa prospérité et si les recettes en sont indispensables à son entretien (4).

Dans un ordre d'idées voisin, le tribunal civil de

1. 25 février 1901. Pand., 01.1.366. (*Gaz. Pal.*, 1901. 1.396.)

2. Paris, 2 août 1841. S. 43.2.473.

3. Paris, 25 février 1885, précité. — Paris, 5 mars 1895. S. refondu, 94 95. 2. 227. — Paris, 21 janvier 1857. D. 57. 2. 194.

4. Douai, 17 décembre 1902. (*Droit*, 29 avril 1903). — Aussi trib. Beauvais, 20 mars 1897, (*Loi*, 12 avril.)

La même solution est admise par Chambéry, 18 novembre 1885 (*Gaz. trib.*, 15 décembre), pour le cas où la femme « a des droits absolus sur toutes les entreprises exercées au domicile conjugal ».

Marseille a admis, le 11 juillet 1901, que les juges pouvaient assigner comme résidence à la femme le domicile conjugal, quand la nécessité de le quitter la réduirait, faute de parenté et de ressources, à loger en garni, tandis que le mari aurait toutes facilités pour vivre dans sa famille (1).

Les tribunaux ont parfois tenu compte de circonstances étrangères aux conditions d'existence de la femme, notamment de cette particularité qu'elle était propriétaire de l'immeuble où se trouvait le domicile conjugal et où elle demandait à garder sa résidence distincte (2).

Nous reconnaissons volontiers que le droit du mari, comme chef de l'association conjugale, de conserver le domicile commun, ne doit pas être absolu. Au cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps, surtout si elle est engagée par la femme, le principe de l'autorité maritale subit une atteinte inévitable. Il est tout naturel qu'il lui soit apporté certaines limitations, en raison des conditions nouvelles où, provisoirement, va vivre

1. *Rec. Som.*, mars 1902, p. 200.

Cf. Paris, 1^{er} février 1864 (S. 65. 2. 96) et Colmar, 23 mai 1860. (D. 60. 2. 200), lesquels prennent en considération l'intérêt pressant de la femme et de la famille.

2. Douai, 6 avril 1853. D. 56. 2. 145. — Dijon, 28 décembre 1859. S. 60, 2. 270. — Chambéry, 18 novembre 1885, précité (considéphants). — *Contra* : Paris, 17 juin 1858. S. 59. 2. 45. — Limoges, 21 mai 1845. Pand., 46. 1. 34.

l'épouse. Nous approuvons donc les décisions qui ont fixé au domicile conjugal la demeure provisoire de la demanderesse aux fins de sauvegarder ses intérêts commerciaux, de ménager sa santé, de lui laisser ses moyens d'existence ; nous ne pensons pas au contraire que le mari puisse être astreint à quitter le domicile conjugal pour des motifs qui n'intéressent que le droit des propriétaires et des locataires.

Ces réserves faites, la permission donnée à la femme de demeurer seule là où était établi le ménage ne se présente nullement comme illégale. Il est vrai que l'article 268 spécifiait qu'elle « pourrait quitter le domicile conjugal ». Mais, outre qu'il visait sans doute le cas le plus fréquent, il paraît difficile de tirer quelque indication d'un article abrogé, alors surtout que l'exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886 et le rapport du sénateur Labiche prévoyaient comme possible le maintien de la femme au siège de son commerce, fût-il établi au domicile conjugal (rapport déposé à la séance du 8 juillet 1885) (1).

En tout cas, nous ne saurions admettre que le maintien de la femme au domicile conjugal soit accordé par le président dès sa première ordonnance, c'est-à-dire en recevant la requête du demandeur. Ce serait obliger le mari à abandonner son domicile

1. Admettent aussi le maintien de la femme au domicile conjugal : Labori, Vraye, et Gode, t. II n° 547. — Coulon, t. IV.

sans qu'il ait pu présenter ses observations, ni former recours contre la mesure (1).

Evidemment, lorsque le juge croit devoir accéder à la demande de la femme qui désire conserver sa résidence au domicile conjugal, elle est fondée à en interdire l'accès au mari ou à l'expulser par tous moyens, même par la force (2). Si le mari y pénètre malgré elle, il commet le délit de violation de domicile (3). Bien entendu, le mari obligé de quitter le domicile conjugal conserve le libre choix de sa résidence.

1. En ce sens Baudry. *Des personnes*, t. III, n° 183 — Voir pourtant rapport Labiche.

2. Paris, 2 août 1841. — Trib. Seine, 27 janvier 1843. S 43.2. 473.

3. Amiens, 11 janvier 1873. D. 73. 2. 156.

CHAPITRE II

PENSION ALIMENTAIRE

La séparation provisoire d'habitation autorisée par la justice exclut le mode normal d'exécution de l'obligation alimentaire entre époux. Aussi l'article 238, que l'article 307 nouveau a rendu applicable à la séparation de corps, donne-t-il au président du tribunal la faculté de statuer, s'il y a lieu, sur l'attribution d'aliments ainsi que sur la remise des effets personnels. Cette remise semble, d'après le texte de la loi, pouvoir être ordonnée en même temps que le président autorise le demandeur à citer son conjoint en conciliation (1). Au contraire, la pension alimentaire ne peut être allouée avant l'ordonnance qui constate la non-conciliation. Les mesures édictées à cet égard par le président peuvent d'ailleurs, le tribunal saisi, être modifiées par jugement, si les circonstances l'exigent.

La loi du 20 septembre 1792 n'autorisait pas expressément la femme à quitter, durant l'instance, le domicile du mari et à réclamer une pension. Il fut

1. *Sic* : Baudry. *Des personnes*, t. III, n° 183.

cependant jugé, par des considérations d'équité et sur l'autorité de l'ancienne jurisprudence (1), que, dès avant le Code, la femme en instance de divorce avait droit à la provision alimentaire (2) et qu'elle pouvait la réclamer en justice sans autorisation spéciale (3).

En même temps que la faculté de se retirer du domicile conjugal sur permission de justice, le Code de 1804 donnait aussi à la femme, demanderesse ou défenderesse en divorce, le droit de demander une pension. Le pouvoir de l'accorder appartenait au tribunal (art. 268), lequel avait le même droit dans l'hypothèse où, par application de l'article 259, il venait à surseoir au prononcé du divorce, malgré le bien-fondé de la demande (4).

Les mesures prévues par l'article 268 furent d'ailleurs étendues à la séparation de corps par la majorité des décisions (5).

Sous l'empire de la loi du 18 avril 1886, la femme

1. Cf. Denisart au mot provisions, n° 12.

2. Cour de cass., 5 nivôse an XII. Devilleneuve vol. 1791, an XII.

3. Bruxelles, 20 pluviôse an XIII. Devilleneuve vol. an XIII, 1809.

4. Formée pour cause d'excès, sévices ou injures graves.

5. *Sic* : Amiens, 5 pluviôse an XIII. Devilleneuve, an XIII, p. 22. — Angers, 18 juillet 1808. Devilleneuve, an XIII à 1808, p. 417. — *Contra* : Agen, 14 mars 1865. S. 65. 2. 131.

n'a pas besoin davantage d'autorisation spéciale pour demander provision.

La provision alimentaire peut être réclamée aussi bien par le mari que par la femme (1). Mais si l'on peut concevoir que l'obligation de secours pèse exceptionnellement sur cette dernière, normalement c'est elle qui se trouvera dans le dénuement. La preuve de ce dénuement résulterait suffisamment du fait qu'elle serait mariée sous le régime de communauté ; à moins qu'il ne fût établi que le mari l'a autorisée à percevoir partie des revenus communs ou qu'elle n'eût personnellement recueilli une succession. Dans ce dernier cas, le tribunal de la Seine lui a refusé, le 15 mars 1887, tout droit à une pension alimentaire (2).

La pension devrait aussi être refusée si, à raison d'une séparation de biens, judiciaire ou contractuelle, ou de l'adoption du régime dotal, la femme avait à sa disposition des ressources suffisantes pour son entretien. Un arrêt d'Aix du 19 août 1868 a toutefois admis que l'existence de telles ressources laissait le mari tenu de contribuer aux dépenses nécessaires à la vie durant le procès, le lien du mariage subsistant avec les obligations qui en naissent (3).

1. De même sous l'empire du Code de 1804.— Rouen 13 novembre 1878. S. 79. 2. 80.

2. *France jud.*.. 1888, p. 384.

3. S. 70. 1. 264.

Quoi qu'il en soit, la plupart des auteurs et des arrêts subordonnent l'attribution de la provision alimentaire au dénuement du conjoint qui la réclame. Elle doit naturellement être proportionnelle aux besoins du créancier et aux facultés du débiteur (1). L'évaluation est établie souverainement par les juges du fait (2).

La pension doit-elle être allouée par le seul fait que se trouve engagée une instance en divorce ou en séparation et que l'un des conjoints se trouve dans le besoin ? L'affirmative a été parfois soutenue. Dans ce système, il n'y aurait pas relation nécessaire entre la séparation provisoire d'habitation et le droit à pension (3). Nous considérons la négative comme préférable ; le mariage existe toujours en effet ; le mari, spécialement, reste tenu de son obligation de fournir à la femme les objets nécessaires à la vie. Du moment que les conjoints continuent à mener vie commune, il n'existe pas de raison valable pour changer le mode d'exécution de cette obligation. Peut-être faudrait-il réserver néanmoins le cas où le mari se retrancherait derrière l'instance commencée pour se soustraire à son devoir d'entretien. Cette dernière hypothèse mise à part, nous croyons que la femme qui ne cesse pas de vivre avec le mari au domicile

1. Dijon, 4 février 1880. D. 81. 2. 36.

2. Cass., 9 mars 1869. S. 70. 1. 264.

3. Vraye et Gode, t. II, n° 578.

conjugal doit être présumée avoir accepté les conditions matérielles d'existence qu'il lui fait en conformité de sa situation pécuniaire et sociale, ce qui exclut tout droit à pension.

Déjà Denisart fondait ce droit à pension sur le fait d'une habitation distincte de celle du mari, et le même principe fut affirmé par les arrêts d'Amiens du 4 prairial an XII et du 5 pluviôse an XIII (1). Ont également décidé que la femme ne pourrait obtenir de provision alimentaire, tant qu'elle resterait dans la maison commune, les arrêts de Colmar 26 février 1808 (2), Trèves, 30 août 1813 (3), Angers 18 juillet 1808 (4), Anvers, 27 novembre 1884 (5).

Si, à notre avis, la séparation des résidences peut seule motiver la demande de pension, suffit-il du moins qu'elle existe, sans qu'on doive se préoccuper des causes qui l'ont déterminée ? en d'autres termes, le droit de la femme sera-t-il reconnu, que son habitation distincte soit la conséquence régulière d'une permission de justice ou de son abandon du domicile conjugal ?

On a dit que, la loi n'établissant aucune distinc-

1. Devilleneuve, an XIII. Cours, p. 22.

2. *Id.*, an XIII à 1808, p. 357.

3. S. col. nouv., t. IV, 2. p. 349.

4. Devilleneuve, t. II (an XIII à 1808), p. 417.

5. Pand. belg. Encycl. Divorce, n° 1071. — En ce sens encore Carpentier, t. II, n° 70.

tion, il fallait conserver le droit à pension, même à l'épouse qui avait quitté son mari antérieurement à l'introduction d'une instance. Le versement des termes échus seul pouvait être subordonné à la justification de sa résidence. Appliquer à la femme en pareil cas la déchéance prévue pour le cas d'abandon de la résidence fixée par le président, ce serait violer le principe que les déchéances sont de droit étroit. Ce serait, surtout si elle se plaignait de mauvais traitements, attenter aux lois de l'équité et de l'humanité, que de la contraindre à demeurer pendant le procès sous le toit conjugal. Au surplus, la résidence qu'elle s'était choisie se trouvait validée par le fait même de la procédure engagée.

En ce sens se sont prononcés les arrêts d'Aix du 29 frimaire an XIII (1) et du 18 juillet 1894 (2), les jugements de Bruxelles des 16 juillet et 24 décembre 1887 (3).

Nous ne saurions accepter cette théorie, par la raison que, normalement, les époux doivent mener vie commune et l'entretien de la femme se réaliser au domicile conjugal. A raison de l'instance, la loi a cru devoir atténuer le devoir de cohabitation et

1. Pand. chr., 1. 2. 14.

2. Pand., 95. 2. 23.

3. Pand. belg. Encycl. Divorce, n° 1072. — Aussi Coulon, t. IV, p. 283.

modifier l'exécution de l'obligation alimentaire, mais ces deux modifications dans les rapports des époux sont liées l'une à l'autre. Or, à quelle condition fléchit le devoir de la vie commune ? Il faut que la résidence de la femme soit expressément autorisée et désignée. Si cette condition manque, tombent également les motifs de déroger aux règles de l'obligation maritale d'entretien. Qu'on ne nous objecte pas que nous avons permis à la femme victime de mauvais traitements de se refuser à réintégrer la maison commune et de solliciter une pension, sans demander le divorce ou la séparation. Cette solution s'imposait, si nous ne voulions pas la réduire à cette alternative : rester en but aux duretés ou au manque d'égards de son conjoint, ou bien se résoudre à une procédure pénible et grave. Est-ce lui faire subir la même contrainte, est-ce attenter à son libre choix que de lui refuser, alors que l'instance est déjà engagée, tout droit aux prestations alimentaires, tant qu'elle n'aura pas rempli cette formalité facile : faire régulariser par le président la résidence distincte qu'elle s'est choisie ?

* * *

A partir de quelle date court la pension accordée, lorsque le juge est muet sur ce point ? La question s'est présentée avec une particulière netteté dans l'espèce suivante : Un jugement du 4 novembre 1886 avait condamné un sieur Langlais à servir

une pension mensuelle à sa femme, demanderesse en divorce, « à partir du jour de la demande jusqu'à l'issue du procès ». Un différend naquit sur l'interprétation des mots : « Jour de la demande ». Selon la dame Langlais, ils signifiaient « le jour de la présentation au président du tribunal de la requête aux fins de divorce » ou, à la rigueur « celui de la citation en conciliation » devant le juge.

Le tribunal de la Seine, dans son jugement du 22 février 1887, observa que « la demande en divorce et la demande de pension alimentaire étaient absolument distinctes dans leur cause et dans leur objet ; le sort de l'une n'était pas nécessairement lié au sort de l'autre ; en admettant même que l'instance en divorce dût être considérée comme formée par l'appel du défendeur devant le président, il ne s'en suivrait pas qu'il en devrait être de même pour la demande en pension ». La pension ne pouvait donc avoir pour point de départ nécessaire le jour de la requête au président, ni même celui de la citation du défendeur en conciliation.

Devait-elle du moins courir à dater du jour où, en fait, la demanderesse avait été autorisée à résider séparément ? Le tribunal ne l'admit pas davantage, par la raison que n'étant pas due de plein droit, la pension ne saurait être considérée comme la conséquence indispensable et directe de la fixation à la femme d'une résidence particulière. Elle devait être

spécialement demandée et, en conséquence, payable du jour de cette demande spéciale (1).

Il semble que la solution préconisée par le jugement du 22 février 1887 soit le corollaire de la jurisprudence et de la doctrine qui subordonnent à juste raison l'allocation d'une provision alimentaire au dénuement actuel de l'une des parties. Elle n'a d'ailleurs rien qui puisse préjudicier à la femme ; si en effet le juge ne peut statuer sur les aliments que par l'ordonnance constatant la non-conciliation, aucun obstacle n'empêche la femme de les réclamer dès sa première comparution devant le président.

Ce système n'est pourtant pas universellement adopté ; M. Houque-Fourcade notamment pose en principe qu'à défaut d'indications précises du juge, l'effet de la pension remonte, si son bénéficiaire est le demandeur, au jour de la requête et, si elle est allouée au défendeur, à la date de l'ordonnance du président (2).

De son côté, le tribunal de la Seine lui-même, le 21 juillet 1892, a attribué pour point de départ à la pension allouée à la femme en matière de divorce la suspension de la vie commune par acte légal. En l'espèce elle devait donc courir à dater de l'exploit

1. *Droit*, 11 mars 1887.

2. *Des personnes*, t. II, n° 200. — M. Houque-Fourcade déduit cette solution de ce que le droit de réclamer la pension s'ouvre dès l'instance engagée.

introductif de la demande principale formée par le mari et non à partir de la demande reconventionnelle de l'épouse (1).

La pension cessera d'être due, si la demande en divorce est repoussée, à dater de ce rejet (2) ; au cas contraire, elle prendra fin à partir de la transcription du jugement de divorce.

Néanmoins, quelques décisions ont admis, avec logique, que la pension alimentaire allouée à la femme « pour la durée de l'instance » devait être payée non seulement jusqu'au jugement, mais encore jusqu'à l'issue de la liquidation de la communauté. Elle est en effet accordée à la femme pour qu'elle puisse subvenir à ses besoins pendant tout le temps où le mari demeure détenteur de ses biens et revenus (3).

La pension accordée, par quels moyens l'époux bénéficiaire, le plus souvent la femme, est-il admis à en exiger le paiement ? Incontestablement il pourrait user à cet effet de la saisie-arrêt sur les salaires ou revenus de son conjoint (4).

1. *Droit*, 4 août 1892.

2. Paris, 8 mars 1890. D. 91. . 131.

3. Orléans, 27 décembre 1883 (*Gaz. Pal.*, 84. 2. 480). — Orléans, 25 novembre 1898. D. 1902. 2. 156.

4. Paris, 30 novembre 1812. S. chr. 2. 207. — Trib. Seine, 8 mai 1896 (*Gaz. trib.*, 24 sept.). — Trib. Seine, 24 mars 1891 (*Gaz. trib.*, 21 avril). — Trib. Amiens, 10 août 1893 (*Droit*, 1^{er} novembre).

Il est douteux que l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907 trouve ici son application ; il paraît bien ne devoir régir que la vie commune ou des séparations de fait réalisées en dehors de toute permission de justice.

On s'est demandé si la saisie-arrêt pratiquée pour obtenir paiement de la pension allouée à la femme, au cours d'une instance en divorce ou en séparation, était soumise aux limitations édictées par la loi du 12 janvier 1895. Le doute vient de ce qu'il n'en est pas fait mention au nombre des pensions qui échappent à ces limitations. De ce silence et du caractère limitatif de l'article 3 de la loi précitée, le tribunal de Clermont-Ferrand a déduit, le 20 décembre 1901, que la limitation au dixième du salaire saisi-arrêté s'imposait ici (1). Par contre, le tribunal de la Seine a décidé, le 6 février 1902, que, bien que l'article 238 du Code ne figure pas dans l'énumération de l'article 3 de la loi de 1895, l'opposition faite par la femme pour sûreté d'une pension de ce genre pouvait porter sur une part des salaires du mari supérieure au dixième, la pension prévue par l'article 238 découlant naturellement de l'obligation maritale d'entretien, laquelle est spécialement visée par cet article 3 (2). En tous cas, et ici l'opinion est unanime,

1. S. 1903. 2. 284.

2. D. 1902. 2. 417. — *Sic* : trib. de paix, de Charleville, 1^{er} mars 1904 (*Revue des just. de paix*, 1906, p. 60). — Trib. civ. Amiens, 10 août 1893.

il appartient au juge, même si la saisie peut porter sur plus du dixième, de fixer la quotité des salaires qui pourra être frappée d'opposition.

Le séquestre des revenus du débiteur a été aussi ordonné (1).

Par contre, comme la décision qui accorde la pension présente toujours le caractère provisoire, elle ne peut fonder ni une saisie-exécution (2), ni une saisie immobilière.

Elle ne saurait fonder davantage la prise d'une hypothèque judiciaire (3).

La pension allouée à la femme est-elle du moins garantie par son hypothèque légale sur les biens du mari ?

Durant la communauté d'habitation, il n'est pas douteux que le droit de l'épouse aux aliments soit exclu du bénéfice de cette sûreté, puisqu'il ne se présente pas sous l'aspect d'une créance proprement dite (4).

Que faut-il décider lorsqu'il revêt au contraire cette apparence, c'est-à-dire, non seulement après la

1. Paris, 4 août 1871. D. 73. 2. 21.

2. Paris, 30 novembre 1812, précité.

3. Trib. civ. Seine, 1^{er} février 1894. *Droit*, 30 octobre 1894.

4. Dalloz. *Rép. Suppl.* au mot Privilèges et hypothèques, n^o 499.

séparation de corps prononcée, mais aussi au cas de séparation de fait intervenue entre les époux ou de disjonction de résidences au cours des procès en divorce ou séparation ?

La réponse à cette question dépend, avant tout, de l'interprétation que l'on donne aux articles 2121 et 2135 du Code civil. Tandis que le premier comprend dans les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée : « Ceux des femmes mariées », d'une manière générale, le second énumère seulement certaines créances de la femme contre le mari. En présence de cette dualité de rédactions, l'on s'est demandé si l'hypothèque légale garantissait toutes les créances de la femme nées de sa qualité de femme mariée et par l'effet du mariage. Certains auteurs ont nié cette généralité d'application de l'hypothèque en se fondant sur l'article 2135. Ils ne vont pas jusqu'à considérer ce texte comme rigoureusement limitatif; ils admettent qu'on peut y faire rentrer, par voie d'analogie, un certain nombre de créances qu'il n'énumère pas, mais ils font ressortir qu'il ne vise, pour leur attribuer l'hypothèque, que les créances relatives à la dot et aux conventions matrimoniales, ce qui exclut, selon eux, les créances étrangères à la gestion des biens. Ils ajoutent, à l'appui de cette interprétation, que le droit romain déjà restreignait l'hypothèque aux droits qui concernaient la restitution de la dot ou le rembour-

sement des créances paraphernales qu'avait touchées le mari (1).

Dans cette opinion, la créance alimentaire de la femme, étrangère à l'administration de sa fortune, ne bénéficierait pas de l'hypothèque légale ; en effet, « charge purement personnelle » du mari, « les aliments dus par lui ne sauraient être considérés comme accessoires de la dot puisqu'il les doit lors même qu'il n'a pas reçu de dot » ; ils ne sauraient non plus être regardés comme « prévus par les conventions matrimoniales », puisqu'il s'agit d'une obligation d'ordre public qui échappe à la volonté des conjoints ; ils ne rentrent en résumé dans aucun des cas spécifiés par l'article 2135 (2).

La majorité de la doctrine et de la jurisprudence repousse cette interprétation restrictive, par la raison que seul l'article 2121 vise à déterminer le domaine de l'hypothèque légale, l'article 2135 se proposant seulement d'en fixer le rang suivant les créances. Comme le dit M. Planiol, « le silence de l'article 2135 sur une catégorie de créances peut

1. Voir notamment Wahl, sous Dijon, 16 juin 1893. S. 95. 2.25. — Aubry et Rau, avant leur cinquième édition.

2. Grenoble, 6 février 1868. S. 68. 2. 138 (relatif à la séparation de fait). — Dans le même sens, Besançon, 21 décembre 1894. S. 95. 2. 28 (relatif à la pension après séparation de corps). — Trib. de Lyon, 8 mai 1901. D. 02. 2. 350.

bien faire douter du rang de la créance omise, mais non de l'existence même de l'hypothèque », l'article 2121 qui seul crée l'hypothèque parlant en termes des plus généraux.

La rédaction de l'article 2135 ne saurait donc, et nous nous rangeons à cet avis, s'opposer à ce que le droit aux aliments trouve sa garantie dans le fonctionnement de l'hypothèque légale.

Cette solution résulte notamment d'un arrêt de Dijon du 16 juin 1893, d'un arrêt de la même cour du 4 juin 1894 (1) et d'un arrêt de Douai du 16 mai 1895. Ces décisions sont relatives à la pension allouée à la femme par le jugement de séparation de corps, mais elles posent nettement le principe général que l'article 2121 a entendu attacher l'hypothèque légale à toutes les créances de la femme contre le mari, pourvu qu'elles aient leur cause génératrice dans la qualité même de femme mariée. « On ne s'expliquerait pas, remarque la Cour de Douai, pourquoi le législateur, qui a cherché à protéger la femme contre les abus de l'autorité maritale, aurait privé des garanties accordées à d'autres créances la créance alimentaire, qui a pour objet de faire face aux premières nécessités de l'existence et mériterait plutôt une

1. S. 95. 2. 25 avec note Wahl ; D. 94. 2. 25 avec note de Loynes.

« situation de faveur » (1). C'est assez dire que les cours de Dijon et de Douai auraient adopté la même solution, s'il s'était agi de la provision allouée au cours de l'instance ou pendant une séparation de fait, comme l'ont adoptée la Cour belge de cassation (2) et le tribunal civil de Soissons (3).

Pourtant, si l'article 2121 semble bien avoir voulu assurer le bénéfice de l'hypothèque légale à toutes les créances que la femme mariée peut avoir contre son mari à raison de cette qualité même, il n'en reste pas moins douteux que ce bénéfice doive être étendu au droit aux aliments, et ce, à cause de la nature même de ce droit. Le mari est tenu en effet, au cours du mariage, d'entretenir la femme suivant ses facultés. S'il est poursuivi par des créanciers et qu'on admette l'épouse à invoquer son hypothèque légale pour se faire colloquer par préférence sur les biens du mari ou pour obtenir la mise en réserve d'un capital destiné à lui assurer le même genre d'existence qu'avant les poursuites, on viole la disposition de la loi : ce n'est plus, comme le dit M. Cézar-Bru, le mari suivant ses facultés, ce sont ses créanciers qui supporteront les frais d'entretien

1. S. 95, 2. 269 ; D. 96. 2. 105 avec note Cézar-Bru. — Cf. Cas., 25 juin 1895. D. 97. 1. 553.

2. S. 91. 4. 30. Arrêt du 2 juillet 1891.

3. 19 juin 1901. D. 02. 2. 352.

de la femme. Or, ni l'instance engagée, ni le jugement de séparation de corps ne peuvent changer la nature de l'obligation spéciale au mari de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie.

Quoi qu'il en soit, la plupart des arrêts qui étendent à la créance alimentaire le bénéfice de l'hypothèque légale, font remonter celle-ci au jour du mariage. C'est la conséquence de la théorie, admise par la jurisprudence, d'après laquelle « en dehors des cas prévus par les deuxième et troisième alinéas de l'article 2135-2°, l'hypothèque légale ne peut avoir d'autre date que le jour de la célébration du mariage fixé par l'alinéa 1 du même texte pour toutes les créances nées du mariage » (1). Les arrêts précités de Dijon, 16 juin 1893 et 4 juin 1894, Douai, 16 mai 1895, le jugement de Soissons du 19 juin 1901, justifient ce rang par la raison que la pension est la représentation du droit qui résulte pour la femme de l'obligation d'entretien du mari, droit qui entre dans son patrimoine par le fait même du mariage ; par la raison, en d'autres termes, que la pension n'a pas sa cause dans la décision qui l'accorde (2).

1. Cass., 25 juin 1895. D. 97. 1. 553.

2. Dans le même sens Montpellier, 16 novembre 1889. D. 90. 2. 171.

Cette fixation du rang de l'hypothèque au jour du mariage a été contestée cependant, sous le prétexte que, pour accorder et évaluer la pension, qu'elle soit due après la séparation de corps, pendant l'instance ou enfin au cas de séparation de fait imputable au mari, les juges se déterminent d'après les besoins actuels de la femme. Ce sont ces besoins qui fondent l'allocation, dit-on. Le point de départ de la garantie ne saurait être fixé à un moment où les circonstances ne justifiaient pas l'allocation (1). Il semble en effet que l'intérêt des tiers, créanciers du mari, exige que l'hypothèque ne prenne effet qu'au jour de la décision accordant la pension ou du moins à la date de la formation de la demande.

1. Cf. tribunal de la Seine, 28 novembre 1891. (*D. Sup. privilèges*). — Tribunal de Lyon, 8 mai 1901. *D. 02. 2. 350*, lesquels font dater l'effet de l'hypothèque du jugement. — Cf. Wahl, *loc. cit.* — Cf. *D. Sup. privilèges et hypothèques*, qui le fait dater du jour de la demande, par la raison que l'effet des jugements remonte en principe au jour de la demande et que la femme ne doit pas souffrir des lenteurs de la justice (n° 499).

CHAPITRE III

INFLUENCE DE L'INSTANCE SUR LE MANDAT TACITE

Que devient, au cours de l'instance en divorce ou en séparation, la fiction du mandat tacite ?

Il est certain d'abord que les dépenses faites par la femme à dater de l'ordonnance qui lui assigne une résidence séparée ne pourront, après le divorce, être recouvrées contre le mari ni la communauté. Les effets du divorce, entre époux, remontant au jour de la demande, c'est dès cette époque, ou tout au moins depuis l'autorisation de vivre seule, que la femme a charge exclusive de son propre entretien, dont les frais, le divorce prononcé, ne sauraient figurer au passif de communauté (1).

Est-il vrai également, qu'à dater de l'ordonnance relative à la résidence distincte, la femme cesse de représenter le mari pour l'achat des fournitures

1. Cette rétroactivité du jugement, affirmée pour le divorce par la loi elle-même, est étendue à la séparation de corps par la jurisprudence.

nécessaires à l'entretien de son ménage particulier ? L'affirmative semble résulter *a contrario* des articles 238 et 240 ? pourquoi envisageraient-ils la possibilité d'une demande alimentaire de la femme, si celle-ci gardait le pouvoir d'obliger le mari par des actes en harmonie avec la situation sociale et les ressources de ce dernier ? De fait, la cessation du mandat par la rupture autorisée de la vie commune est généralement admise pour le cas où le mari sert régulièrement à la femme, durant toute l'instance, une pension alimentaire suffisante. C'est ainsi qu'un arrêt d'Angers du 13 frimaire an XIV a décidé qu'après le rejet de sa demande en séparation, la femme qui a reçu des prestations alimentaires pendant l'instance n'est pas fondée à solliciter une nouvelle provision pour le paiement des dettes contractées par elle pendant cette période (S. chr.). Il semble bien en résulter que ces dépenses doivent être acquittées par elle seule, sur le montant de la pension allouée. La suppression du mandat est impliquée aussi par un jugement de Lyon du 7 décembre 1901, lequel fait une obligation aux tiers de se renseigner sur la situation de la femme (1). Il faudrait sans doute assimiler à l'hypothèse où la femme judiciairement autorisée à résider séparément reçoit une pension du mari, celle où elle jouirait de

1. Pand. fr. 1903. 2. 305. — *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 63.

ressources personnelles, où par exemple elle se serait réservé par contrat de mariage la faculté de toucher une portion de ses revenus manifestement suffisante à son entretien.

En effet, lorsque l'épouse qui vit seule avec permission de justice ne bénéficie pas d'une pension, il faudrait logiquement distinguer selon qu'elle possède ou non de quoi satisfaire aux besoins de son existence particulière. L'admettre à engager le mari par ses dépenses personnelles, alors que ses ressources lui permettent de les acquitter elle-même, ce serait, par une voie détournée et après coup, condamner l'époux à une pension qu'en raison des moyens de la femme il ne lui doit pas. Mais le fait que celle-ci est en mesure de s'entretenir elle-même se trouve en pratique fréquemment mélangé à d'autres éléments d'appréciation.

Aussi, pour ne pas dénaturer la physionomie de la jurisprudence, ferons-nous abstraction de la distinction précitée, dans l'examen des décisions concernant les dépenses faites par la femme à qui son mari ne sert pas de pension durant l'instance.

En pareil cas, la rupture provisoire et autorisée de la vie commune a maintes fois été considérée comme entraînant la cessation du mandat.

En ce sens, le jugement de Versailles du 16 juillet 1873, lequel, dans la séparation amiable des époux, trouvait une raison de maintenir et même d'étendre

le mandat domestique, déclare au contraire que la disjonction des résidences pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps met fin à ce pouvoir de représentation. Pendant le cours de l'instance, dit-il en effet, la femme autorisée à vivre en dehors du domicile conjugal, « est implicitement autorisée à contracter en son nom personnel les obligations nécessaires à son existence séparée. En conséquence, elle est personnellement débitrice des fournitures faites pendant cette période ».

Est-ce à dire que, dans cette opinion, les fournisseurs seront privés de tout recours contre le mari ? non, car son obligation d'entretien subsiste durant l'instance ; mais, contre lui, ils seront réduits soit à l'action oblique de l'article 1166, soit à l'action *de in rem verso* (1), sous le bénéfice des observations que nous avons déjà faites à ce sujet.

La révocation du mandat au cours de l'instance paraît supposée également par l'arrêt de Paris du 22 novembre 1889 (2), le jugement du tribunal de la

1. En l'espèce, le tribunal de Versailles reconnaissait que la mère de la dame Marchand, ayant subvenu pendant le procès en séparation à la subsistance de sa fille, avait la faculté d'exercer contre le mari l'action appartenant à celle-ci. Or la dame Marchand pouvait former actuellement contre le sieur Marchand l'action qu'elle eût intentée au début de l'instance, si elle n'eût pas été induite en erreur sur ses ressources.

2. Avec cette particularité qu'il n'est pas sûr qu'il y ait eu

Seine du 14 mars 1889 et l'arrêt de Paris du 7 mars 1890 (1), le jugement de la Seine du 15 mars 1899 (2).

Dans la note qu'il a rédigée sur les arrêts de 1889 et de 1890, M. de Loynes remarque avec raison que regarder le mandat tacite comme disparu par le seul fait que les époux sont autorisés à résider chacun de son côté constitue la meilleure sauvegarde des tiers. Si on fait dépendre la survie ou la fin du mandat de circonstances extrinsèques, il sera difficile aux fournisseurs d'apprécier le crédit de la femme, tandis que la rupture autorisée de la vie commune est un événement notoire, dont ils pourront tirer facilement une certitude sur la situation de leur cliente. Si, par extraordinaire, la rupture ne parvenait pas à leur connaissance, ils se trouveraient garantis par l'application de l'article 2005, comme ayant ignoré la révocation du mandat, réserve implicitement contenue dans le jugement précité du 14 mars 1889 et dans l'arrêt de Paris du 22 novembre 1889.

pour la femme autorisation régulière de résider séparément et qu'elle jouissait de ressources personnelles. D. 91. 2. 257 à 260.

1. Même place, même incertitude sur le caractère de la résidence séparée.

2. Pand., 1900. 2. 262.

En opposition avec la doctrine de M. de Loynes, plusieurs décisions ont maintenu le mandat tacite, malgré l'éloignement réciproque des époux autorisé par justice. Elles se fondent sur ce que l'instance n'éteint pas l'obligation maritale d'entretien. C'est ainsi qu'un arrêt de Dijon du 11 juillet 1872 ne trouva pas, dans le fait que le sieur de Chanay avait formé une demande en séparation de corps, une raison suffisante de le décharger des obligations que sa femme avait contractées pour sa subsistance personnelle dans sa résidence particulière (1). Le tribunal de la Seine admit la même solution, le 9 mai 1883, au profit d'une femme demanderesse en séparation (2).

D'autre part le jugement de Lyon du 7 décembre 1901 relevait, pour écarter le mandat, que la femme recevait une pension. Il l'eût donc maintenu au cas contraire.

La Cour de Poitiers, le 23 décembre 1889, constatait qu'à partir de la demande en séparation de corps la femme était tenue de subvenir à son entretien personnel « lorsqu'il ne restait aucun bien au mari ». Par suite « en s'obligeant avec les fournisseurs, elle contractait des engagements personnels, sous l'auto-

1. D. 74. 1. 153.

2. D. 91. 2. 257. Il est vrai qu'après avoir posé ce principe le tribunal condamna les époux solidairement envers les fournisseurs.

risation que possède toujours la femme habilitée à vivre séparément, alors que son mari ne subvient à aucune des dépenses d'entretien » (1). Concluons que si le mari n'avait pas été incapable de remplir son devoir alimentaire, la persistance de ce devoir eût entraîné celle du mandat tacite.

Enfin un arrêt de Paris, du 30 décembre 1896, n'écartait le mandat que parce que les déclarations de la femme avaient donné à penser aux tiers « qu'elle possédait des ressources personnelles dont elle avait la libre disposition et qu'elle vivait d'une manière indépendante » (2). La Cour eût maintenu sans doute le mandat si les circonstances n'avaient pas été de nature à avertir les créanciers de sa disparition probable.

La doctrine qui tend au maintien du mandat se laisse arrêter par des considérations de principe. Si on écarte le mandat, il faut décider en effet que la femme peut s'obliger elle-même. Or, comment admettre cette conséquence, alors qu'en principe elle reste, malgré l'instance, soumise à la nécessité de l'autorisation maritale ? Pour tourner la difficulté, les partisans de la cessation du mandat substituent à la fiction du mandat domestique la présomption d'une autorisation

1. D. 90. 2. 360.

2. D. 97. 2. 310.

qui lui serait implicitement conférée par justice. En assignant à la femme, dit notamment M. de Loynes, une résidence distincte, le président du tribunal ou le tribunal l'habilite *ipso facto* à contracter en vue des nécessités de son ménage particulier, durant l'instance, et dans la mesure de ces nécessités (1).

1. En ce sens trib. civil Clamecy, 24 juillet 1902. (*Le Droit* du 23 octobre 1902.) Au contraire, le jugement précité du tribunal de la Seine du 15 mars 1899 considère que la femme ne serait tenue que *de in rem verso*. Il n'admet donc pas cette habilitation tacite.

CHAPITRE IV

SANCTIONS DES DISPOSITIONS RELATIVES A LA RÉSIDENCE SÉPARÉE

Après avoir examiné à quelles conditions la femme peut obtenir pendant l'instance en divorce ou en séparation une résidence distincte et avoir énuméré les conséquences pécuniaires de cette mesure, il convient de préciser à quelle règles elle se doit conformer pour en conserver le bénéfice. Cet examen fera ressortir davantage le caractère de cette rupture provisoire de la vie commune, laquelle n'entraîne pas la cessation de l'obligation de cohabiter, mais n'en est que l'atténuation.

« La femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise ; à défaut de cette justification, le mari peut refuser la provision alimentaire (1) et, si la

1. Si l'on admet avec Cass., 14 décembre 1908 (*Gaz. Pal.*, 09.1.121) qu'en place de pension le juge peut autoriser la femme à toucher les arrérages de la rente à elle constituée en

femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non-recevable à continuer ses poursuites. » La loi exige bien entendu une résidence réelle (1). Pour que le fait d'avoir quitté la résidence assignée entraîne cette double déchéance, il doit constituer non une absence momentanée, mais un abandon définitif, dont la femme puisse être considérée comme pleinement responsable (2).

Ces conditions réunies, il semble que les juges doivent nécessairement, si le mari la demande, prononcer la déchéance de la pension prévue par l'article 238, sans pouvoir apprécier l'opportunité de la mesure. Cette solution résulte de ce que la loi spécifie que « le mari peut refuser la provision alimentaire » (3).

Coulon pense néanmoins que le mari demeurerait tenu en pareil cas, en vertu de l'obligation alimentaire qui dure autant que le mariage, de fournir à sa femme les sommes strictement nécessaires à son entretien, pourvu que ces subsides indispensables fussent demandés dans une instance distincte.

dot, il est bien évident que le donateur cessera de pouvoir se libérer entre ses mains si elle quitte la résidence assignée.

1. Trib. Lyon, 7 février 1901. (*Moniteur de Lyon*, 30 mars).

2. Besançon, 15 juillet 1874.

3. *Sic* : Coulon, Huc, t. II, n° 349. — Carpentier. *Contra* : Laurent, t. III, n° 259. — Labori. *Rép.*

Nous craindrions, en acceptant cette atténuation de la déchéance encourue par la femme, de priver de toute efficacité la sanction voulue par la loi. La réserve proposée par Coulon s'accorderait assez difficilement avec le droit unanimement reconnu au mari de refuser des aliments à la femme qui a sans raison déserté le domicile conjugal. N'aboutirait-elle pas en effet à permettre à l'épouse de se fixer où bon lui semblerait, en dehors de toute permission judiciaire ou maritale, en un mot d'échapper aux devoirs de cohabitation et d'obéissance ?

Pour ne pas obliger indirectement le mari à subvenir aux besoins de la femme qui quitte la résidence assignée, il convient de le soustraire à toutes réclamations des tiers qui auraient, dans ces circonstances, fait des fournitures à la femme pour son entretien personnel. Par application de ce principe, la jurisprudence considère notamment qu'en pareil cas, tout comme en l'hypothèse de désertion du domicile conjugal, il ne saurait plus être question de mandat domestique.

L'irrecevabilité de la femme demanderesse en divorce ou en séparation de corps à continuer les poursuites doit-elle également, si le mari l'invoque, être nécessairement prononcée par le seul fait qu'elle a quitté la résidence assignée ? Il ne le semble pas ; du moment que la loi dit que le mari : « peut... la faire déclarer non recevable », elle entend évidem-

ment subordonner cette sanction à l'appréciation des juges (1).

De nombreuses décisions ont consacré ce pouvoir d'appréciation, reconnu notamment par la Cour de cassation, le 29 juin 1868 (2) et le 25 juin 1889 (3). Les tribunaux refusent de prononcer la déchéance lorsque la femme avait de justes motifs de délaisser l'habitation désignée.

Il en est ainsi lorsqu'elle a dû, faute de ressources, s'engager comme domestique ou institutrice (4), lorsqu'elle n'a fait que suivre ses parents au domicile de qui l'ordonnance l'avait autorisée à résider (5),

1. *Sic* : Vraye et Gode, t. II, n° 552. — Laurent, t. III, n° 259. — Labori. *Rép.* — *Contra* : Huc, Carpentier.

2. S. 68. I. 402.

3. Pand. 89. I. 555.

4. Agen, 14 mars 1865. S. 65. 2. 131. — Trib. civ. Lyon, 15 mai 1896. *Gaz. Pal.*, 97. I. 63. — Trib. Toul, 4 novembre 1896. *Droit*, 4 mai 1897.

5. Cass., 25 juin 1889, précité. — Cass., 29 juin 1868, précité.

Si elle a été autorisée sans condition ni réserve à quitter son ancienne résidence et à habiter dans un lieu déterminé où elle habite actuellement, elle ne peut être déclarée irrecevable à continuer son action en divorce sous le prétexte qu'elle n'avait obtenu cette autorisation que sous l'allégation inexacte qu'elle allait suivre ses parents à un nouveau domicile. Cass. req., 6 janvier 1908. *Jour. Pal.*, 1908. I. 265.

et, d'une façon générale, lorsqu'elle n'a pas cherché à se soustraire à la surveillance du mari (1).

Cette jurisprudence est en harmonie avec les raisons pour lesquelles la loi a exigé la désignation par le juge de la résidence permise provisoirement à la femme. Mais c'est à tort, selon nous, qu'un arrêt de Nîmes du 13 février 1889 a jugé que la fin de non-recevoir n'était pas opposable à la demanderesse qui avait quitté l'ancien domicile commun à elle assigné comme résidence, si le mari avait fait appel de cette désignation. Il n'est pas exact en effet que le mari, par l'usage de cette voie de recours, se soit lui-même opposé à ce qu'elle habitât cet endroit. Plus vraisemblablement, il entendait qu'elle y demeurât tant qu'une autre résidence ne lui serait pas assignée (2).

Bien entendu, la déchéance du droit de continuer les poursuites est propre à la femme. Elle ne serait

1. Bordeaux, 8 août 1867. D. 67.5. 391, n° 7.

2. D. 90. 2. 333. — Ont encore admis le caractère facultatif de la fin de non-recevoir. Trib. civ. Narbonne, 3 avril 1906. *Rec. Som.*, 1906, p. 742. — Orléans, 22 février 1907. *Jour. Pal.*, 1908. 2. 110. — Paris, 13 juillet 1870. S. 70. 2. 268. — Trib. Seine, 18 janvier 1898. *Gaz. trib. Rec.* 98, deuxième vol., 2. 58. — Lyon, 7 février 1901, précité.

Ce pouvoir d'appréciation semble par contre contesté par le trib. civ. de Cherbourg, 23 décembre 1908. (Cf. *Revue trim. de droit civil*, 1909, n° 1.)

pas encourue par le mari qui n'aurait pas régulièrement versé la provision allouée à l'épouse (Cour de la Réunion, 13 août 1898. *Droit*, n° 15 octobre).

Il est d'autre part reconnu que l'admission de la fin de non-recevoir n'entraîne pas déchéance de l'action en divorce elle-même (1).

Par suite, la femme, qui aurait été déclarée irrecevable à continuer sa procédure, pour abandon de sa résidence provisoire, serait fondée à reprendre cette procédure sur les derniers errements, après qu'une nouvelle décision lui aurait assigné une autre demeure où elle justifierait habiter réellement (2).

*
* *
*

A qui incombe le fardeau de la preuve, lorsqu'il s'agit de prononcer soit la déchéance de la pension allouée à la femme, soit la fin de non-procéder ?

On pourrait soutenir que, dans l'un comme dans l'autre cas, il n'est jamais question en réalité que d'une exception proposée par le mari, soit que, poursuivi en paiement de la pension, il invoque la

1. Cass., 16 janvier 1816. S. chr. — Trib. de la Seine, 28 janvier 1886 (*Gaz. Pal.*, 86. 1. 474). — Vraye et Gode, t. II, n° 551.

2. Paris, 25 février 1903 (*Gaz. trib.* du 6 mai).

non-justification par la femme de sa résidence, soit que, durant l'instance en divorce engagée contre lui, il oppose à la demanderesse une fin de non-recevoir tirée de la même raison. Comme *reus in exceptione fit actor*, ce serait toujours au mari à prouver que la femme a cessé d'habiter au lieu désigné par le juge (1).

Un autre système a été proposé, en ce qui concerne du moins le maintien ou la perte de la pension. A la femme, il appartiendrait de justifier qu'elle a conservé la résidence assignée, lorsqu'elle réclamerait le versement de la provision alimentaire. De droit commun, et aux termes de l'article 1315, observe notamment Baudry, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. C'est pourquoi la femme devrait établir qu'existe toujours la condition dont dépend le maintien de son droit à la pension. Au mari incomberait au contraire, s'il se prétendait fondé à refuser le paiement de l'allocation alimentaire, la preuve du fait libérateur, c'est-à-dire du changement de résidence non autorisé.

Ces deux systèmes violent ouvertement le texte de la loi : ses termes sont si précis et si impératifs qu'il est évident qu'elle a bien entendu, dérogeant

1. Cf. Grenoble, trib., 21 février 1889. *Rép. J. du P. Div.*, n° 1961. — Rennes, 6 août 1894. *Gaz. Pal.* 94. 2. 515.

au droit commun de la preuve, obliger, dans tous les cas, la femme à justifier qu'elle réside dans la maison indiquée (1).

Il est clair toutefois que le mari ne saurait se prévaloir de cette disposition pour requérir sa femme, à tout propos, de justifier de sa résidence, par une procédure spéciale et vexatoire. Il ne peut demander cette justification qu'autant qu'il y a un intérêt, c'est-à-dire lorsque l'épouse sollicite le paiement de la pension ou veut poursuivre l'instance en divorce. Faute d'ainsi limiter le droit du mari, on légitimerait le reproche, que Laurent adresse à la loi, d'assimiler l'épouse, au cours du procès, à « un forçat libéré placé sous la surveillance de la police ».

Un point demeure hors de doute, c'est que les juges ne sauraient prononcer d'office les déchéances que la loi laisse au mari la faculté d'invoquer (2).

1. Vraye et Gode, t. II, n° 555. — Huc, t. II, n° 348. — Labori. *Rép.* — Coulon. — Cf. Orléans, 22 février 1907. *J. du P.*, 1908.2.110.

2. Vraye et Gode, t. II, n° 557.

APPENDICE

LE SORT DE LA PENSION ALIMENTAIRE LORS DE LA LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTÉ

Pour mieux faire ressortir la nature exacte de la provision alimentaire allouée à la femme au cours de l'instance, nous devons examiner la place qu'occupent les sommes payées à ce titre dans le règlement de comptes à intervenir après le divorce ou la séparation. Il est généralement admis en jurisprudence que les dispositions qui font remonter les effets du jugement de divorce dûment transcrit, entre époux, au jour de la demande, concernent exclusivement les biens (1). C'est dans la même mesure que rétroagit, selon l'opinion dominante, le jugement de séparation de corps.

Tant que dure le mariage, jusqu'à la transcription du jugement de divorce, les époux demeurent tenus des devoirs relatifs à la personne.

1. Cass., 18 avril 1893. S. 94. 1. 5. — Limoges, 21 mars 1895. S. 95. 2. 297. — Paris, 13 décembre 1895. S. 96. 2. 80.

Or, le caractère pécuniaire de la pension n'empêche pas qu'au fond elle soit relative aux rapports personnels des époux et non aux biens. Ces rapports ne se trouvant pas détruits par l'instance, le mari qui verse à la femme une provision alimentaire ne fait en principe que s'acquitter du devoir de secours toujours existant. Aussi ne saurait-il, après la transcription du jugement de divorce, répéter le montant des prestations pécuniaires qu'il a pu faire depuis le début de l'instance, en exécution stricte de son obligation alimentaire. C'est ce que reconnaissent les arrêts, notamment Paris, 13 décembre 1895, précité, et Grenoble, 10 février 1903 (1).

Mais il peut arriver que la provision versée par le mari excède les limites de son obligation, lesquelles sont déterminées tant par ses ressources personnelles que par les besoins et les ressources de la femme. Sous le régime de communauté notamment, la femme ne disposant pas de ses revenus, il est évident que, quelle que soit leur importance, le mari devra pendant l'instance lui servir des aliments. Mais il ne s'agira en réalité, si la femme a une fortune considérable, que d'une avance, dont il devra être tenu compte lors de la liquidation de la communauté.

Le jugement de divorce régulièrement transcrit et

1. D. 1904. 2. 469. — Cf. Baudry. *Des personnes*, t. III, n° 201.

la séparation de biens accessoire à la séparation de corps rétroagissant en effet au jour de la demande, c'est dès ce moment que la communauté est réputée dissoute ; chaque conjoint dès lors est fondé à réclamer le remboursement des fruits et revenus de ses propres à dater de la demande. Par contre, dès le même moment, la communauté cesse d'être tenue des charges du ménage. Lors de la liquidation, il se produira ceci : ou bien la femme y trouvera un émolument égal ou supérieur à ce qu'elle a touché à titre de provision, et elle devra le rapport de la totalité de cette provision (1) ; ou bien son émolument, après la liquidation, ne représentera qu'un revenu annuel qui eût été insuffisant pour lui permettre de vivre, pendant l'instance, approximativement dans les mêmes conditions qu'auparavant, et elle ne devra rapporter la provision alimentaire que jusqu'à concurrence des intérêts de ses reprises et des revenus de ses propres, plus généralement à concurrence de son émolument (2). En d'autres termes, il n'y aura eu avance que dans la mesure où

1. Cass. rejet, Chambre des req., 22 juillet 1889. S. 93. 1. 405. — Trib. civ. Seine, 25 juin 1897 (*Droit*, n° 15 octobre). — Bordeaux, 16 avril 1896. D. 1899. 2. 385. — Cass. Ch. civ. rejet, 7 janvier 1890. S. 93. 1. 405.

2. Nancy, 21 février 1903. D. 1904. 2. 452.

les prestations du mari excédaient son devoir de secours (1).

1. Cela résulte nettement de Cass. req. Rejet, 6 juin 1905 (D. 1906. 1. 76). Aux termes de cet arrêt, les tribunaux en effet peuvent décider que la femme ne rapportera pas le montant de la pension fixée à son profit et qu'à titre de compensation le mari gardera les revenus des biens de la femme échus pendant l'instance, du moment toutefois que l'émolument de la femme, après la liquidation, ne représente qu'un revenu insuffisant pour ses besoins, appréciés d'après les facultés du mari, tandis que la pension alimentaire était exactement proportionnée aux ressources du mari et aux nécessités de la femme. — Voir aussi Orléans, 27 décembre 1883, précité.

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE UNIQUE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

L'obligation des époux de cohabiter et de se prêter secours n'est en réalité qu'une règle de morale universelle. Les dispositions légales qui la consacrent présentent en conséquence le caractère d'ordre public. Aussi la demande en rétablissement de la vie commune serait-elle valablement intentée devant nos tribunaux, si les conjoints résidaient tous deux en France (1).

Les sanctions et les limites de cette obligation varient cependant, malgré l'universalité du principe, suivant les différents pays, comme nous le montrera un bref examen des plus importantes législations étrangères.

1. Trib. d'Evreux, 15 février 1861. D. 62. 3. 39.

Etats scandinaves. — Dans aucun des trois Etats scandinaves, la femme ne saurait être contrainte par la force à cohabiter (1). Il n'en est pas moins vrai que les législations suédoise, norvégienne, danoise, s'efforcent d'entraver la rupture de la vie commune qui surviendrait par la faute des conjoints. Notamment en cas de désertion du mari, elles permettent à la femme d'obtenir la séparation de biens (2). Plus particulièrement, selon la loi suédoise, la femme abandonnée bénéficie d'une extension de capacité qui lui permet certaines aliénations, dans la limite des sommes indispensables à son entretien et à celui des enfants. Le mari déserteur perd par contre le pouvoir de disposer tant de ses immeubles que de sa part dans le fonds commun, pourvu qu'il ait quitté le pays pour ne plus vivre avec sa femme. En Norvège, aux termes d'une loi du 6 juillet 1892 (3), tout mari qui néglige de subvenir dans la mesure de ses facultés à l'entretien de sa femme et de ses enfants peut, s'il les a, par suite d'abandon, laissés à la charge de l'assistance publique, être condamné à leur servir une pension alimentaire dont l'autorité supérieure fixe le chiffre ; au besoin, il y serait con-

1. Lehr. *Droit civil scandinave*, p. 300.

2. Au Danemark, le même droit appartient au mari délaissé par sa femme.

3. *Annuaire de législation étrangère*, t. XXII, p. 680.

traint par son placement dans une maison de travail forcé (art. 1 et 10).

Allant plus loin, le Code pénal norvégien, dont la promulgation fut retardée au 1^{er} janvier 1905, érige en délit pénal tout manquement habituel, par abandon ou autrement, aux devoirs envers la famille. Au cas où cette infraction entraînerait un grave préjudice corporel pour les personnes lésées, le maximum de la peine, d'ordinaire deux ans de réclusion, serait porté à cinq ans.

Dans les trois pays, l'abandon malicieux, c'est-à-dire volontaire et injustifié, figure au nombre des causes de divorce, sans préjudice de dispositions originales réglant les effets de l'absence proprement dite. Toutefois, du moins en Danemark et en Norvège, le divorce n'est admis qu'autant que l'abandon a duré au moins trois ans et n'a pas été provoqué par la mauvaise conduite du demandeur. En Suède, le divorce est prononcé après une sommation de reprendre la vie commune signifiée sans succès au défendeur, et pourvu que celui-ci ait quitté le pays. Si cette dernière condition fait défaut, les tribunaux ne peuvent prononcer que la séparation de corps temporaire organisée par ordonnance royale du 20 novembre 1860.

Russie. — En Russie, abstraction faite des particularités tenant à la religion des époux, la cohabitation s'impose à eux, sans qu'ils puissent s'y sous-

traire d'un commun accord. L'obligation de la femme de suivre le mari cesse si celui-ci est condamné à la déportation. Le devoir alimentaire pèse exclusivement sur le mari. Lorsque, pour un motif quelconque, l'un des époux s'est éloigné de l'autre, sans même que le caractère malicieux de l'abandon paraisse exigé, le divorce, après enquête canonique, peut être prononcé, pourvu du moins qu'il y ait eu absence d'au moins cinq ans sans nouvelles.

Autriche. — Le Code autrichien témoigne d'une juste conception de la vie commune et du rôle de la femme. Il ne se borne pas à déclarer qu'elle doit suivre son mari, il stipule qu'elle doit collaborer à la tenue du ménage et à l'industrie du mari. Elle est spécialement chargée de faire exécuter les décisions qu'il a prises en vue de l'ordre domestique (art. 92). La désertion malicieuse, non suivie de retour dans l'année à dater de la sommation de réintégrer, est en Autriche une cause de divorce pour les non-catholiques, de séparation pour les catholiques (§ 115).

Hongrie. — En Hongrie, au nombre des causes de divorce ou de séparation, se trouve également l'abandon volontaire et non justifié, lorsque le déserteur n'a pas, au bout de six mois d'absence, réintégré le domicile conjugal dans le délai qui lui est judiciairement imparti. Si sa résidence est ignorée, le délai de retour est étendu à un an, à partir de la sommation officielle de reprendre la vie conjugale (§ 77).

Angleterre. — Le vieux droit anglais ne reconnaissait guère à la femme mariée d'individualité propre. Elle faisait avec son mari une seule et même personne. C'est assez dire avec quelle rigueur le mari pouvait exiger qu'elle cohabitât, trouvant pour l'y contraindre deux armes puissantes dans son pouvoir de l'enfermer dans la maison conjugale et de la revendiquer, si elle s'en échappait. Ces principes de la *common law* n'avaient pas entièrement disparu lors des temps modernes, mais de nombreux statuts vinrent améliorer la condition de la femme anglaise.

Rappelons que, notamment, le bill de 1857 s'efforçait de protéger les salaires de l'ouvrière contre les dilapidations du mari, mais la laissait désarmée, si, malgré ses débauches, il continuait à vivre sous le toit conjugal ou s'il la contraignait, par ses mauvais traitements, à abandonner elle-même le foyer. On sait que la femme anglaise trouva une protection plus complète dans l'act du 9 août 1870, lui garantissant la propriété des produits de son travail et surtout dans l'act de 1882, supprimant intégralement son ancienne incapacité.

Nous avons déjà dit que cet affranchissement de l'épouse ne l'empêche nullement d'obliger son mari par les achats qu'elle effectue dans l'intérêt du ménage. Telle est la conséquence du devoir alimen-

taire du mari qui n'est admis que difficilement à révoquer ledit pouvoir de représentation.

D'après le « divorce act » du 28 août 1857, qui ne s'applique ni à l'Ecosse ni à l'Irlande, l'abandon de l'un des conjoints par l'autre est une cause de « judicial separation », pourvu qu'il se soit produit sans motifs et ait duré au moins deux ans. D'autre part, si seul l'adultère peut fonder le divorce, l'éloignement injustifié du mari pendant le même temps constitue l'une des circonstances aggravantes qui, jointes audit adultère, permettent à l'épouse trompée d'obtenir la rupture complète du lien conjugal. Au nombre de ces circonstances se trouvent aussi les « cruautés », lesquelles comprennent le refus du mari d'entretenir sa femme convenablement. Enfin la désertion de l'un ou l'autre conjoint le rend irrecevable à demander le divorce pour adultère.

Ajoutons qu'en dehors de toute séparation judiciaire ou de tout divorce, la loi anglaise du 6 juillet 1895 permet à la femme, si son mari la maltraite ou lui refuse les choses nécessaires à la vie, de solliciter de la cour de juridiction sommaire le bénéfice de différentes mesures : autorisation de résider séparément, garde des enfants de moins de seize ans, condamnation du mari à une pension alimentaire, (*Annuaire*, 1895, p. 3.)

Sans ériger en délits les manquements qu'elle vise à réprimer, comme le fait une loi du 17 août 1894

(57 et 58 Vict.ch.XLI) relative à la garde des mineurs de seize ans (*Annuaire*, p. 156), la loi de 1895 n'en constitue pas moins un excellent remède à la situation des femmes que leur mari néglige. Son grand mérite est de les protéger sans les réduire à demander le divorce ou la séparation et de laisser la porte ouverte à la possibilité d'une réconciliation (1).

Ecosse. — D'après la législation écossaise, la désertion malicieuse motive le divorce, alors même qu'elle ne se complique pas d'adultère, et à la seule condition qu'elle se soit prolongée pendant quatre ans. Si les griefs qui seraient de nature à fonder la demande de la femme en divorce ou en séparation judiciaire présentaient assez de gravité pour mettre sa vie en danger, elle aurait la faculté de se retirer dans un domicile particulier, sans que cette séparation purement aimable l'autorise d'ailleurs à en interdire l'entrée au mari.

Amérique du Nord. — Dans les Etats-Unis de l'Amérique de Nord, la « common-law » anglo-saxonne forme encore le fond de la législation. Mais de nombreux statuts modernes ont plus ou moins

1. Déjà une loi de 1886 (*Annuaire*, p. 70) avait reconnu le droit de la femme injustement délaissée d'obtenir du déserteur, sans demander la séparation, une pension alimentaire. La loi de 1895 va plus loin : ne se bornant pas à consacrer dans une certaine mesure l'état de séparation de fait, elle tend à une sorte de déchéance de l'autorité maritale.

affranchi la femme mariée de toute ingérence du mari dans sa fortune personnelle.

Cette indépendance pécuniaire ne la soustrait pas aux devoirs d'ordre moral qui naissent du mariage. Ainsi elle doit habiter avec le mari ; mais si celui-ci est obligé de l'entretenir, la femme n'est pas tenue, même subsidiairement, de le secourir pécuniairement, si ce n'est dans la nouvelle législation de l'Etat-de-New-York. Comme conséquence du devoir alimentaire du mari, la femme possède, de par la loi, un mandat irrévocable en vertu duquel elle oblige son conjoint, dans la mesure où il s'agit de son entretien et à la condition qu'il n'y subvienne pas directement. L'exécution de l'obligation du mari est encore assurée, dans la plupart des Etats : Massachusetts, Ohio, et autres, par le droit conféré aux villes d'exiger de lui le remboursement des secours qu'elles ont fournis à la femme indigente.

Dans les législations nord-américaines se rencontre une tendance prononcée à sanctionner les devoirs de famille par des mesures d'ordre pénal. Notamment la loi du Massachusetts du 7 avril 1885, une loi rendue en Illinois le 11 mai 1901, punissent de prison et d'amendes quiconque abandonne ou refuse d'entretenir sa femme ou ses enfants, ceux-ci en dessous d'un certain âge (1). Une loi de Louisiane

1. *Annuaire*, 1886, p. 622, — *Annuaire*, 1901, p. 544.

du 11 juin 1902 (1) érige également en délit l'abandon de la femme par le mari ou de l'enfant par son père. Ajoutons, avec un texte promulgué dans l'Etat de New-York le 8 avril 1905 et destiné à réprimer l'abandon d'enfants de moins de seize ans, un texte édité pour le Wisconsin le 1^{er} mai 1905 et punissant d'emprisonnement l'abandon d'enfants mineurs par les parents ou de la femme par son mari (2).

Quant aux effets de la désertion sur le lien matrimonial, ils dérivent, selon Bishop, d'une vieille théorie canonique : si, habituellement, l'époux défunt devient pour son conjoint un « ministering angel », la femme qui a abandonné son mari ne sera même pas cet « ange serviable ». C'est pourquoi, si elle a l'intention de s'en séparer définitivement, le mari pourra faire rompre le mariage. De fait, la plupart des statuts ont adopté l'abandon comme cause de divorce, qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre époux.

Amérique du Sud. — L'influence anglo-saxonne s'est limitée à l'Amérique du Nord. Les législations sud-américaines s'inspirent en général du droit espagnol ou du droit portugais. Toutefois la plupart d'entre elles, contrairement à ces derniers, mentionnent l'abandon volontaire comme cause spéciale de séparation. La loi brésilienne du 24 jan-

1. *Id.*, 1903.

2. *Id.*, 1905.

vier 1890 exige qu'il se soit prolongé pendant deux ans sans intervalle. Au Chili, il ne peut, selon la loi du 10 janvier 1884, motiver qu'une séparation temporaire prononcée pour cinq ans au plus. Dans ce même pays l'obligation de la femme de suivre le mari cesse au cas de péril imminent pour sa vie. Au Mexique, où la séparation de corps peut être également prononcée pour abandon pendant deux ans ou pour refus d'aliments, la femme est admise à stipuler dans son contrat de mariage qu'elle ne sera pas forcée de suivre partout son mari. En dehors de toute convention, la justice a la faculté de la dispenser d'accompagner son conjoint à l'étranger. Enfin, une loi de 1884 (*Annuaire*, p. 823) suspend les effets de la société de biens conjugale, si l'un des conjoints quitte le foyer domestique.

Pays-Bas. — Aux Pays-Bas, la cohabitation s'impose aux époux de la même manière qu'en France ; mais la désertion malicieuse y figure expressément comme cause de divorce ou de séparation, à leur choix, pourvu que l'éloignement ait duré cinq ans au moins. Au cas où l'abandon aurait été provoqué par de justes motifs, le délai ne partirait que du jour où ils auraient cessé d'exister.

Portugal. — Le Code portugais, fidèle à la tradition canonique, dispense la femme de suivre son mari à l'étranger (art. 1186). L'abandon n'y figure pas comme cause spéciale de séparation, mais cons-

titue l'une des circonstances qui, jointes à l'adultère du mari, permettent de prononcer la séparation contre lui.

Espagne. — En Espagne, la femme doit légalement suivre son mari même au delà des mers ou à l'étranger, mais l'autorité judiciaire jouit de la faculté de l'en dispenser, selon les circonstances de la cause (art. 58). Ici non plus l'abandon n'est pas motif déterminé de séparation.

Italie. — Le Code civil italien de 1866 insiste particulièrement sur la réciprocité du devoir de cohabitation (art. 130). C'est au mari, comme chef de la famille, qu'il appartient de fixer le siège de la résidence commune. La femme est tenue de l'y suivre, bien qu'elle ne lui doive pas obéissance, et ce, par une conséquence nécessaire de la nature même du mariage.

La femme, dont le mari mènerait volontairement une existence vagabonde ou ne lui fournirait pas une résidence en accord avec ses moyens pécuniaires, pourrait obtenir la séparation de corps. Le devoir alimentaire pèse principalement sur le mari, mais l'article 132 spécifie que, si les ressources de ce dernier sont insuffisantes, la femme doit contribuer à son entretien.

Le Code italien s'est efforcé de garantir l'exécution par la femme de son devoir de cohabiter.

Non seulement il la prive formellement du droit

aux aliments quand, partie sans raison plausible du domicile conjugal, elle refuse de le réintégrer ; mais encore il confère aux tribunaux le pouvoir d'ordonner, selon les circonstances, au profit du mari et des enfants, la saisie-temporaire d'une partie des revenus paraphernaux de la femme. Cette saisie, autorisée dans la mesure des besoins de la famille, ne saurait être employée à titre purement coercitif. Du silence du Code italien sur les autres procédures susceptibles d'amener le retour de la femme déserteuse, il semble qu'il faille conclure à leur absolue illégalité.

L'abandon volontaire figure au nombre des causes de séparation de corps admises en Italie.

Belgique. — *Avant-projet Laurent.* — Le Code Napoléon est encore en vigueur chez les Belges. Mais un avant-projet de revision du Code civil a été élaboré par Laurent sur l'invitation du ministère de la Justice.

Son article 208 maintient entre les époux l'obligation d'assistance et de secours. Mais il n'est plus fait mention de la protection due par le mari à la femme, ni de l'obéissance due par celle-ci. Cette abolition de la puissance maritale est présentée par le jurisconsulte belge comme l'application nécessaire du principe d'égalité et de liberté dont se réclame la révolution de 1789. Laurent n'en laisse pas moins au mari, par la raison que normalement c'est son

travail qui entretient la famille, le choix du domicile conjugal. Les articles 209 et 210, lesquels consacrent l'obligation réciproque de cohabiter et le devoir du mari d'entretenir sa femme, supposent que celle-ci est obligée de suivre l'époux, s'il vient à changer de résidence.

Considérant la rupture de la vie commune, même en dehors de toute injure, comme la violation d'un devoir légal essentiel, Laurent érige l'abandon volontaire et malicieux de l'un des époux par l'autre en cause spéciale de divorce (art. 228 al. 3) ou, si le conjoint délaissé préfère, de séparation de corps (art. 254). Mais il entend que le divorce ne soit prononcé qu'autant que l'un des conjoints ayant déserté, l'autre voudrait le rétablissement de la vie commune. Si les époux simulent le refus de cohabitation, alors qu'en réalité ils n'ont d'autres motifs de divorcer que l'incompatibilité d'humeur et le consentement mutuel, il appartiendra aux tribunaux de déjouer la fraude et de ne pas accorder un divorce dont la raison véritable serait une cause que rejette l'avant-projet. Si, au contraire du Code Napoléon, Laurent repousse le divorce par consentement mutuel, il admet, toujours contrairement au Code de 1804, la séparation volontaire.

Elle peut d'abord avoir lieu par consentement mutuel. Entre deux scandales, celui d'époux condamnés à rétablir une vie commune dont ils ne

veulent plus, sans que la force puisse les contraindre à exécuter le jugement, ou celui de la justice intervenant pour consacrer la violation d'une loi d'ordre public, Laurent n'hésite pas. En légalisant la rupture, laquelle sera due le plus souvent aux torts graves de l'un des conjoints, la justice soustraira l'innocent aux « chantages » que le coupable pourrait commettre à son égard avant de consentir à la séparation de fait ou à son maintien. La séparation par consentement mutuel n'est pas, en effet, aux termes de l'avant-projet, l'œuvre exclusive des époux. Le tribunal n'intervient pas que pour lui donner le caractère authentique. C'est un véritable jugement qui opère le relâchement du lien matrimonial ; les juges ont la faculté d'apprécier, de rejeter ou de modifier les conventions, que l'article 270 oblige les parties à soumettre à leur homologation et qui doivent régler la garde des enfants, la pension à servir à l'une d'elles, les droits respectifs des conjoints sur leurs biens.

Les époux ont évidemment, s'ils viennent à se réconcilier, le droit de reprendre l'existence conjugale ; mais ils n'ont jamais celui de transformer la séparation obtenue par leur commun accord en une dissolution du mariage également fondée sur leur double volonté ; ainsi le veut la prohibition du divorce par consentement mutuel.

La séparation volontaire peut avoir lieu également

par le fait de l'un des époux. Annoncée par les articles 209 et 210, elle est organisée par le titre VI, chapitre II, section II, paragraphe 2. Elle trouve son application, soit lorsque le mari ou la femme refuse de cohabiter, soit lorsque la femme ne veut passuivre le mari au lieu où il a transporté sa résidence et qu'elle n'invoque pour se soustraire à la vie commune que le changement d'habitation. Dans l'un et l'autre cas, dispose en effet l'article 273 : « ... le tribunal pourra, suivant les circonstances, autoriser une séparation de fait, après avoir entendu les époux en Chambre du conseil et sur les conclusions du ministère public ».

C'est à dessein que Laurent a donné à l'article 273 une rédaction aussi vague, voulant que la loi s'en rapportât au pouvoir discrétionnaire du juge ; à l'époux qui demandera au tribunal de régulariser la cessation de la vie commune, il appartiendra de préciser les motifs de son refus de cohabiter.

La séparation de corps pour cause légalement déterminée n'eût pas répondu aux nécessités de la situation que vise l'avant-projet. Laurent a voulu surtout, en effet, venir en aide à l'ouvrière que son mari délaisse sans raison ou que la mauvaise conduite de celui-ci oblige à quitter elle-même le domicile conjugal, mais aussi au mari à qui les torts de sa femme rendent la cohabitation insupportable. Or, il se peut que la faute de l'un ou l'autre conjoint ne

constitue pas une cause légale de divorce ou de séparation de corps. Il arrive aussi que celui pour qui cette cause existe préfère s'en tenir à une séparation de fait. La loi ne peut pas plus le contraindre à user de ces remèdes extrêmes, divorce ou séparation proprement dite, qu'elle ne possède les moyens de restaurer la vie conjugale. Est-ce à dire qu'elle refusera toute protection à l'époux innocent, qu'elle aidera l'autre à se dégager de ses devoirs matrimoniaux ? Ce serait une iniquité et c'est cette iniquité que l'avant-projet évite, en permettant en pareil cas le recours à l'autorité judiciaire.

Si celle-ci autorise la séparation de fait, elle réglera en même temps les droits des époux et leurs obligations, en ce qui concerne la garde et l'éducation des enfants. Elle fixera la pension que l'un des conjoints doit à l'autre, si le refus de ce dernier de cohabiter est légitime (art. 274). Ainsi se trouve confirmée la jurisprudence qui accordait une action alimentaire au conjoint à qui la faute de l'autre rendait la vie commune intolérable. Laurent ne se dissimule pas que la condamnation du mari à participer à l'entretien de sa femme vivant séparée demeurera le plus souvent sans effet ; pour éviter les retenues qui de ce chef pourraient être opérées sur ses salaires, l'ouvrier disposera de multiples moyens, dût-il aller travailler à l'étranger. Aussi l'auteur de l'avant-projet a-t-il plus de confiance dans la disposition de

l'article 275, aux termes de laquelle, dans l'hypothèse de la séparation organisée par l'article 273, « chacun des époux disposera exclusivement du produit de son travail » (1).

Le séparation de fait par la volonté de l'un des conjoints cessera naturellement, dès que celui qui avait refusé de cohabiter manifestera sa volonté de rétablir la vie commune (art. 276). Si, au bout de cinq ans, cette éventualité ne s'est pas produite, il est permis de croire à l'existence d'une cause grave et légitime s'opposant à la reprise de la vie conjugale ; en conséquence, sans nécessité d'une cause déterminée ni l'intervention du consentement mutuel, l'un des époux pourra, ce temps écoulé, requérir du tribunal qu'il prononce la séparation de corps définitive (art. 277).

*
* *
*

L'égalité entre le mari et la femme, formulée par l'avant-projet pour la société des personnes, régit également la société des biens. Par suite « la communauté est administrée par les deux époux conjointement » (art. 1452). Mais la femme peut faire seule les actes d'administration journalière

1. Disposition rendue en grande partie inutile par la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail.

(art. 1452), ce qui comprend, en outre des achats quotidiens pour l'entretien de la famille, des baux de courte durée et certaines opérations d'épargne ; toutefois, accomplis par elle sans la participation du mari au contrat, ces actes n'obligent pas directement l'époux, qui n'est tenu que comme commun en biens. La raison de cette administration autonome de la femme se trouve dans l'impossibilité pour le mari de concourir spécialement, comme l'exigerait le principe de l'article 1452, à chacune des opérations ménagères. Nécessité est de supposer son consentement donné à l'avance et généralement pour toute cette catégorie d'actes.

En se mariant sous le régime de communauté, les conjoints conviennent tacitement que la femme aura le droit d'obliger cette communauté. Ce pouvoir, elle le tient de sa qualité d'associée et le mari ne peut le révoquer sans raison. Mais si elle en abuse, il peut demander au tribunal de l'en déclarer déchue, sans préjudice de son droit de faire annuler les obligations excessives qu'elle aurait contractées (art. 1460) et même de requérir, s'il y a lieu, la séparation de biens (art. 1487). En tout cas, elle sera appelée à se défendre et l'intervention de la justice exclut « l'arbitraire effrayant » que Laurent reproche au système français.

Allemagne. — Le Code impérial de 1900 ne parle pas d'un devoir d'obéissance incombant à la

femme ; il la considère comme associée du mari, à qui pourtant il confère le pouvoir de décider dans toutes les circonstances de la vie commune (art. 1354).

Par application de ces idées, les conjoints sont respectivement obligés à la cohabitation et à l'existence conjugale (art. 1353), mais il appartient au mari de fixer le lieu du domicile et de la résidence. Le législateur et ses interprètes expliquent cette prérogative maritale par la nécessité d'obtenir, au cas de divergence entre les époux, une majorité, laquelle, ne pouvant résulter du nombre, devait être forcément demandée à la prépondérance de l'un deux. Il faut reconnaître que l'attribution constante de cette supériorité au mari suppose nécessairement la reconnaissance de sa qualité de chef. Les féministes ne s'y sont pas trompés.

Le Code donne d'ailleurs à l'épouse la faculté de ne pas se conformer à la décision du mari qui constituerait un abus du droit de celui-ci, c'est-à-dire, selon le professeur Planck, commissaire du « Bundesrath », qui n'aurait pas été prise dans les limites tracées par l'amour conjugal (art. 1354).

Il y a notamment « Rechtsmissbrauch » quand le mari, venant, sans raison sérieuse, à établir son domicile à l'étranger, veut contraindre l'épouse à l'y suivre, bien qu'elle ait de justes motifs, tirés de sa santé, de son commerce ou de sa profession, de

rester en Allemagne. En pareil cas, elle n'est pas tenue de se conformer à la décision prise par lui, et peut avoir un domicile indépendant, comme dans l'hypothèse où il n'a pas lui-même de véritable domicile. Par contre, s'il déplace son domicile dans des conditions qui constituent encore un abus de son droit, mais sans quitter l'Allemagne, elle garde la faculté de ne pas le suivre dans sa nouvelle résidence, mais n'en conserve pas moins le domicile marital (art. 10).

Le refus par l'un des conjoints de mener vie commune légitime la mise en mouvement de la « *Klage auf Herstellung des cherlichen Lebens* » ; mais le jugement qui prononce sur cette demande ne comporte pas l'exécution forcée ; de l'aveu de Planck, il sert principalement, si l'époux condamné ne s'y conforme pas volontairement, à ouvrir à l'autre l'action en divorce (1).

Si la demande de l'un des conjoints en rétablisse-

1. *Zweite und dritte Berathung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs im Reichstage*, p. 191, 198, 199.

La « *Klage auf Herstellung des cherlichen Lebens* » est d'ailleurs la sanction de tous les droits et devoirs personnels qui naissent du mariage. Dans son application à la cohabitation, elle devient la « *Klage auf Herstellung der haeuslichen Gemeinschaft* ». Elle appartiendrait également au mari qui voudrait contraindre sa femme à se faire traiter dans un établissement médical.

ment de la vie conjugale constitue un abus de son droit, l'autre n'est pas tenu d'y accéder, non plus que s'il a lui-même le droit de demander le divorce (art. 1353, al. 2). Il s'en suit que contrairement à la jurisprudence française, le mari, que sa femme aurait quitté pour se livrer à l'adultère, ne serait pas obligé de la recevoir. D'autre part, les termes de cette disposition laissent aux juges les moyens de dispenser la femme de cohabiter, toutes les fois que l'exigent des intérêts respectables.

* * *

Le mari a l'obligation d'entretenir sa femme, non seulement, comme chez nous, en conformité de sa situation, mais encore à raison de son aptitude au gain (*Ewerbsfæhigkeit*), sans préjudice du devoir subsidiaire de la femme. Bien entendu, durant la communauté d'habitation, l'obligation alimentaire doit être fournie de la manière que commande la vie conjugale, l'article 1360 le dit explicitement. A la différence du Code Napoléon, le Code allemand s'explique de façon détaillée sur le sort de l'obligation alimentaire au cas de séparation de fait ; aux termes de l'article 1361 : « lorsque les époux vivent séparés, l'entretien est fourni par la prestation d'une rente en argent, tant que l'un d'eux peut refuser et refuser la vie commune ». Il se peut d'abord que le mari ou

la femme aient pour des raisons valables abandonné leur conjoint. En pareil cas, l'un ou l'autre auront droit à la pension alimentaire. Il en serait de même si un accord était intervenu pour constater la légitimité du refus de l'un des conjoints de reprendre la vie commune. Si c'est la femme qui a dû quitter le domicile conjugal, elle pourra réclamer du mari, outre la rente, les objets nécessaires à l'organisation de son ménage particulier. C'est une conséquence de sa qualité d'associée. Le devoir alimentaire cesse, au contraire, à l'égard du conjoint qui déserte sans justes motifs. Le refus de la rente constituera au reste l'unique moyen de l'amener à résipiscence. Il arrivera que les conjoints, sans que ni l'un ni l'autre soit fondé à se dérober à la vie commune, conviennent néanmoins de mener une existence distincte et s'accordent également sur les conditions de l'entretien. Selon Roguin, qui invoque l'autorité de Planck, cet accord produira ses effets, jusqu'à ce que l'un d'eux manifeste sa volonté de rétablir la vie conjugale. A défaut d'accord, cette cessation non motivée de la vie commune ne donnerait pas lieu au service de la rente prévue par l'article 1361, la règle posée par l'article 1360 s'appliquant non seulement durant la communauté d'habitation, mais aussi tant qu'il n'existe pas de raisons de rompre l'existence conjugale.

L'article 1361 aboutit en résumé à des solutions

voisines de celles qu'a imaginées notre jurisprudence.

Comme suivant la tradition française, le principe est que l'entretien de la famille incombe au mari, et il domine la conception du rôle domestique de l'épouse. Investie du droit et du devoir de diriger le ménage commun, elle peut, dans la sphère de la maison, traiter les affaires du mari à sa place. Comme il est tenu en première ligne de pourvoir aux besoins du ménage, les actes juridiques qu'elle passe dans ces limites valent comme s'ils avaient été accomplis par lui, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire. Il peut restreindre le droit de sa femme ou l'exclure ; sauf nécessité, à l'égard des tiers, d'une inscription sur le registre du régime matrimonial, sauf aussi, pour l'épouse, si le mari abuse de son droit, la faculté de faire rapporter ces mesures par le tribunal des tutelles (art. 1357). Peut-être eût-il été plus logique de réserver à l'autorité judiciaire la faculté de déchoir la femme d'un pouvoir qui, s'il reste un mandat par ses conditions d'exercice et ses effets, dérive non de la volonté présumée du mari, mais de la loi elle-même (1).

La supériorité de ce pouvoir des clefs sur notre

1. Cf. en ce sens les art. 187-188 de l'avant-projet de Code civil suisse.

fiction du mandat tacite se manifeste surtout au cas de séparation de fait : la jurisprudence française ne réussit guère à assurer l'entretien de la femme vivant seule qu'en méconnaissant la volonté probable du mari ; au contraire, la « Schlüsselgewalt » émanant directement du Code allemand, les fournisseurs ou les tribunaux se trouvent dispensés de rechercher si le mari a entendu maintenir ou retirer à l'épouse qui ne vit plus dans sa compagnie le droit de l'obliger par ses opérations ménagères. Le pouvoir de représentation subsiste au profit de la femme du moment qu'il lui reste un ménage à diriger, éventualité qui se rencontrera, semble-t-il, toutes les fois que le mari aura abandonné sa famille.

* * *

Avec la plupart des législations germaniques, le Landrecht Prussien admettait le divorce pour « boesliche Verlassung » et pour refus d'aliments, quand par sa faute, sa paresse, ses débordements, le mari s'était mis hors d'état d'entretenir sa femme ou s'obstinait à la priver du nécessaire.

Le Code impérial a maintenu l'abandon comme cause de divorce, sous réserve de la distinction suivante (art. 1567) :

1° Si le conjoint délaissé connaît ou peut connaître la résidence de l'autre, il devra au préalable obtenir

contre lui une condamnation à reprendre la vie conjugale. C'est seulement si le défendeur reste malicieusement, pendant un an au moins, sans exécuter ce jugement (1) que le divorce, à la suite d'une nouvelle instance, pourra être prononcé.

Là réside le trait propre du système.

Il est vrai qu'en France le caractère définitif et complet de l'abandon résulte souvent aussi d'une condamnation à réintégrer prononcée contre le déserteur ; mais il serait, chez nous, prouvé aussi bien par l'insuccès d'une sommation extra-judiciaire.

2° Dans l'hypothèse, voisine de l'absence, où la demeure du défendeur est ignorée, le demandeur est admis à procéder par voie de sommation publique ; pourvu que son conjoint se soit tenu éloigné depuis un an au moins, et dans une intention méchante, de la communauté de vie domestique, pourvu aussi que les conditions préalables requises pour la signification publique aient subsisté à l'encontre du déserteur depuis le délai d'une année (2), l'époux délaissé peut obtenir le divorce, sans nécessité d'un premier procès en restauration de la vie conjugale

L'intention malicieuse dans la résistance qu'exige

1. Lequel bien entendu doit avoir acquis force de chose jugée.

2. Ces deux délais peuvent se confondre si leurs conditions coexistent.

l'article 1567 tant au cas de désertion que de quasi-désertion fait naturellement défaut si le défendeur ne s'est éloigné que pour éviter une peine ou un grave dommage corporel ou s'il a cru, de bonne foi, à l'existence d'un juste motif de se soustraire à la cohabitation.

L'époux au profit de qui existe une cause de divorce est admis à demander seulement la suppression de la communauté de vie conjugale, laquelle n'enlève pas à l'époux coupable la possibilité du divorce (1575) (1). Par contre, s'il possède cette institution, analogue à la séparation judiciaire de corps, le Code allemand n'admet pas plus que notre droit la séparation de corps conventionnelle.

Il reconnaît toutefois une situation qui s'en rapproche à première vue : elle se rencontre lorsque le conjoint qui a un motif légitime de divorce se refuse à la reprise de la vie commune (art. 1353) et réclame, le devoir alimentaire persistant à son égard, l'allocation d'une rente en argent (art. 1361). La consécration de cet état — dont la jurisprudence française

1. L'époux contre qui la suppression de la communauté de vie conjugale est demandée peut requérir en effet que, pour le cas où l'action serait fondée, le mariage soit dissous par divorce. D'autre part, l'un et l'autre conjoints peuvent, quand la suppression de la communauté de vie conjugale a été prononcée, obtenir le divorce, en se basant sur ce jugement (art. 1576).

n'ignore pas l'équivalent — par le Code impérial de 1900, est formelle ; mais cette séparation de fait est forcément transitoire : la loi allemande donnant à l'époux coupable le droit de sommer l'autre de former sa demande en divorce dans un certain délai, passé lequel le conjoint innocent est déchu de son action (art. 1571) (1). Au reste, cette situation, plutôt que d'une volonté commune, procède de la faute de l'une des parties.

Suisse.— En Suisse, si la loi fédérale du 24 décembre 1874 avait réalisé l'unité en ce qui concerne les formes et la célébration du mariage, les relations entre époux n'en continuaient pas moins à être régies par les législations cantonales.

La plupart consacraient le droit pour le mari de fixer le domicile conjugal et l'obligation pour la femme, en dehors des cas d'expatriation ou d'inconvénients mortels pour sa santé, de le suivre s'il venait à changer de résidence. Le rôle domestique de la femme était déjà consacré, notamment dans le Code bernois (art. 84) et le Code de Zurich. Ce dernier surtout pénétrait assez avant dans les rapports conjugaux, imposant aux époux de vivre ensemble,

1. Le délai de forclusion — qui est de six mois — court de la réception par l'époux, muni d'un motif de divorce, de l'invitation que l'autre lui adresse de rétablir la communauté de vie domestique ou d'introduire son action.

comme mari et femme (art. 583), à l'épouse d'aider le mari, chef de l'association conjugale, dans la direction et l'entretien du ménage (art. 587). Il proscrivait nettement l'emploi de la force pour ramener la femme à son mari, ou la contraindre à le suivre dans sa nouvelle résidence (art. 588) et donnait mission à l'autorité judiciaire de garantir le bien-être et la sécurité de l'épouse. Si ceux-ci se trouvaient gravement menacés, il appartenait au juge de la dispenser de suivre son mari (art. 588).

D'après le Code genevois, faite par le mari de nourrir et d'entretenir convenablement sa femme, elle pouvait obtenir la séparation de biens.

Le Code pénal de Neuchâtel, du 12 février 1891, prononce de son côté des peines sévères contre quiconque, pouvant, par son travail ou autrement subvenir aux besoins de ses parents, de ses enfants ou de son conjoint, les laisse dans le dénuement, qu'il les ait ou non abandonnés. L'emprisonnement ne pourra excéder, dit le Code de Neuchâtel, une durée de six mois. Mais il sera suivi d'un séjour, pouvant se prolonger trois ans, dans une maison de travail. Les juges ont en outre la faculté d'édicter contre le délinquant la déchéance, pour dix ans, de ses droits civiques et civils (art. 207).

La disposition ci-dessus, étant d'ordre pénal, ne semble pas atteinte par le nouveau Code civil suisse du 10 décembre 1907, lequel doit entrer en vigueur

le 1^{er} janvier 1912. Les législations cantonales en matière civile cesseront au contraire d'être appliquées à cette date.

*
* * *

Le nouveau Code fédéral suisse, dans ses différentes décisions, suppose que, conformément au droit naturel, les époux sont obligés de cohabiter. De ce que le mari est formellement reconnu le chef de l'union conjugale, résulte pour lui le droit de choisir la demeure commune (art. 160). Le domicile de la femme mariée se trouve en conséquence au domicile du mari (art. 25). D'après le droit français, sauf peut-être, dans une certaine mesure, au cours de l'instance en divorce ou en séparation, la femme ne peut jamais, en dehors de la séparation de corps, avoir de domicile distinct de celui du mari. Au contraire, comme le Code allemand de 1900, le Code civil suisse permet à la femme de se créer un domicile personnel, si le mari n'a pas de domicile connu ou si elle est autorisée à vivre séparée (art. 25).

D'autre part, l'un ou l'autre conjoint, si l'intérêt de sa santé, de son honneur, de sa fortune, l'exige impérieusement, peut obtenir l'autorisation de demeurer séparément, tant que cela sera nécessaire. Cette situation provisoire rappelle, législativement consacrée, celle qu'admettent nos tribunaux au profit de la femme à qui son mari n'assure pas une vie mora-

lement et matériellement convenable. Mais, tandis que notre jurisprudence répugne à étendre au mari ce bénéfice, le Code fédéral vise aussi bien le mari que la femme (art. 170).

De l'exposé des motifs de l'avant-projet, il ressort que l'emploi de la force publique, pour procurer au mari l'exécution par la femme de son devoir d'habiter avec lui, est banni de la nouvelle législation, comme contraire aux mœurs et à l'esprit juridique modernes (1).

Comme partout, l'obligation d'entretien frappe plus spécialement le mari, mais la femme doit, en tant que de besoin, lui faciliter l'exécution de cette charge. Dans la même mesure, elle doit y affecter les produits de son travail particulier (art. 160 et 192) (2).

La direction intérieure du ménage appartient en propre à la femme (art. 161).

Par suite, s'il appartient au mari, d'une façon générale, de représenter l'union conjugale, l'épouse, de par la loi, la représente également, dans la sphère de ses attributions domestiques. Le mari est engagé par ses actes, tant qu'elle n'agit qu'en vue des besoins

1. Exposé des motifs, t. I, p. 136.—Cf. 173 du texte définitif.

2. Toutes les fois que la suspension de la vie commune est justifiée, le juge, sur demande de l'un des conjoints, règle les subsides à verser par l'une des parties pour l'entretien de l'autre (art. 170.)

courants du ménage et tant qu'elle n'excède pas ses pouvoirs d'une manière facilement reconnaissable aux tiers (art. 163). En cas d'abus par la femme de son droit de représentation ou d'incapacité à l'exercer, elle pourra en être privée, totalement ou partiellement, par le mari, sauf nécessité de publier le retrait à l'égard des tiers (art. 164) et sauf faculté pour elle d'obtenir du juge la réintégration dans ses droits, si elle prouve l'inopportunité de la déchéance (art. 165).

Malgré le pouvoir de contrôle laissé au mari sur l'activité domestique de la femme, il convient de considérer le Code civil Suisse comme plus respectueux de l'égalité des conjoints que le Code allemand : le nouveau Code a rejeté en effet toute idée d'un mandat conféré à la femme, fût-ce par la loi elle-même, d'obliger le mari. Ce n'est plus ce dernier, mais bien l'union conjugale qu'elle représente. Si son conjoint se trouve engagé par ses actes, c'est simplement la conséquence de la règle qu'au mari d'abord incombe l'entretien de la famille.

Les rapports conjugaux sont placés sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire. « Lorsqu'un des époux néglige ses devoirs de famille ou expose son conjoint à péril, honte ou dommage, la partie lésée peut requérir l'intervention du juge. » Si celui-ci échoue à ramener l'époux coupable à ses devoirs, il prendra les mesures prévues par la loi (art. 169). Notons que

l'exécution forcée, aux termes de l'article 176, est toujours possible pour le recouvrement des subsides que l'un des époux doit à l'autre en vertu d'une décision du juge. Une sanction particulièrement rigoureuse est prévue par l'article 171, aux termes duquel « lorsque le mari néglige ses devoirs de famille, le juge peut, quel que soit le régime matrimonial, prescrire aux débiteurs des époux d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme ». Enfin, si le mari omet habituellement de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants, celle-ci pourra faire prononcer la séparation de biens (art. 183). Le juge paraît donc suffisamment armé pour assurer le salut des intérêts de l'union conjugale, sans porter atteinte à l'individualité des époux ; mais le nouveau Code, soucieux de respecter leur personnalité, s'est bien gardé de laisser au juge la faculté d'ordonner l'exécution forcée de n'importe quelle obligation née du mariage.

* * *

Aux termes de la loi fédérale du 24 décembre 1874, l'abandon, pour motiver le divorce, devait avoir duré au moins deux ans. La matière a reçu du nouveau Code une organisation sensiblement différente.

Selon l'article 140, la faculté de demander le divorce appartient à l'époux méchamment délaissé, mari ou femme, pourvu que l'abandon ait duré deux

ans et dure encore lors de la demande. La procédure s'engage par une requête de l'époux offensé, sur laquelle le juge, s'il est nécessaire, c'est-à-dire si une réconciliation lui semble possible, somme le défendeur de rentrer au domicile conjugal dans les six mois. L'instance proprement dite ne peut être commencée qu'après l'expiration de ce délai. Des termes de la loi, il semble résulter que le juge a toute liberté d'apprécier l'opportunité d'une sommation préliminaire.

Japon. — D'après le Code civil du Japon, mis en vigueur le 16 juillet 1899, l'abandon malicieux est également cause déterminée de divorce. Le délaissement de la femme par le mari l'habilite à passer tous actes sans être autorisée par lui.

Annam. — D'après le vieux Code annamite, modifié par le décret du 3 octobre 1883, l'abandon par la femme du domicile conjugal donne au mari le droit de la répudier.

Grèce. — En Grèce, il est cause de divorce.

Serbie. — L'éloignement volontaire et non justifié de l'un des conjoints motive encore le divorce d'après la loi serbe.

CONCLUSION

Le principe de l'autorité maritale a présidé à l'établissement par le Code Napoléon des rapports entre époux. Aussi nous faut-il prendre parti sur ce principe, avant de tenter une brève appréciation des règles qui dominent la vie conjugale.

Deux idées paraissent avoir inspiré les rédacteurs du Code : c'est d'abord l'idée, seule en vigueur au temps de Beaumanoir, qu'il faut un chef à l'association que constitue le mariage ; mais c'est aussi le souvenir de l'*imbecillitas sexus*, mise à la mode par la renaissance du droit romain, consacrée par Dumoulin et invoquée encore, malgré un retour à la vieille notion de compagnie, à la veille de la Révolution. Toutefois, il semble que l'allégation de cette prétendue infirmité du sexe n'ait eu qu'une minime influence sur les pouvoirs du mari touchant la personne de sa femme. De ces pouvoirs, la véritable origine remonte au Christianisme. Dieu avait dit à Eve *Sub potestate viri eris et ipse dominabitur tibi*. L'Eglise en tira, au profit du mari, une certaine

suprématie sur l'épouse, suprématie qui valut à son titulaire non seulement des droits, mais aussi, et plus encore, des devoirs de protection, d'amour et de respect. Bonaparte avait conservé la mémoire du vers et de la Genèse, mais il en avait sans doute oublié l'esprit. Ne prétendait-il pas justifier par la parole de Dieu le pouvoir absolu et brutal dont il voulait investir le mari, pouvoir qu'il entendait consacrer par le mot d'obéissance (1) ?

C'est au juriste Portalis, plutôt qu'aux déclarations agressives d'un soldat heureux, qu'il faut demander la vérité sur l'opinion des rédacteurs du Code. Or, si Portalis affirme que « l'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège », il ajoute qu'« elle est une suite nécessaire de la société conjugale, qui ne saurait subsister, si l'un des époux n'était subordonné à l'autre » (2). Il avait déjà dit que l'autorité maritale était « fondée sur la nécessité de donner, dans une société de deux individus, la voix prépondérante à l'un des associés » (3). La puissance du mari sur la personne de sa femme repose donc essentiellement sur la nécessité d'une direction unique dans le gouvernement de la famille, mais l'idée d'infirmité du sexe n'a pas complètement dis-

1. Fenet, t. IX, p. 76. — Mémoires de Thibaudeau p. 435.

2. Locré, t. IV, IX, p. 470, n^{os} 62 et 63.

3. Fenet, t. I, p. 486. Disc. préliminaire.

paru et c'est à l'homme qu'est constamment attribuée la suprématie que la nature de la société conjugale impose de reconnaître à l'un des conjoints. Le mari bénéficie de cette prééminence, selon Portalis, en raison de « la constitution même de son être, qui ne l'assujettit pas à autant de besoins et qui lui garantit plus d'indépendance pour l'usage de son temps et pour l'exercice de ses facultés ».

L'égalité naturelle du couple humain se trouve-t-elle violée par la reconnaissance au mari d'une pareille suprématie ? Kant s'est posé la question, et il l'a résolue négativement, pour le motif que « cette domination n'a d'autre but que de faire tourner au profit de la communauté la supériorité naturelle des facultés de l'homme sur celles de la femme et le droit au commandement qui se fonde sur cette supériorité, car elle peut être elle-même rattachée au devoir de l'unité et de l'égalité relativement à la fin » (1).

Contre une telle organisation des rapports conjugaux, Stuart Mill s'est élevé au contraire avec violence. Pour lui, la dépendance traditionnelle de la femme constitue une survivance de l'état d'esclavage et dérive exclusivement de la loi du plus fort, seule en vigueur lors des origines guerrières de la société. Il ne nie pas qu'il faille dans la famille une personne qui commande, comme il faut dans l'Etat un gouver-

1. *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit.*

nement ; mais il ne veut pas que, dans le mariage, association volontaire de deux personnes, l'une d'elles doive nécessairement être maîtresse absolue. Surtout il conteste que la loi puisse déterminer à laquelle appartiendra cette suprématie. S'il est vrai que nombre de choses dans la vie commune doivent relever d'une seule volonté et qu'une seule personne doive trancher certaines questions, il n'en résulte pas que cette personne doive toujours être la même.

La conclusion de Stuart Mill, c'est qu'il faut partager le pouvoir entre les deux associés, mais la division ne peut être préétablie par la loi, parce qu'elle doit dépendre de leurs capacités respectives.

Aux époux, il appartiendra, s'ils le veulent, d'opérer eux-mêmes le partage, à l'avance, dans le contrat de mariage. Stuart Mill oublie qu'au moment du mariage, bien des raisons — que la raison ne connaît pas — sont susceptibles d'aveugler les futurs conjoints sur leurs qualités individuelles. L'avenir du ménage et la bonne entente des époux risqueront d'être compromis par une appréciation erronée de leurs capacités propres. A défaut de partage initial, les conflits qui naîtront au cours de l'existence commune relèveront nécessairement de l'autorité judiciaire, sans que celle-ci possède toujours, en dehors de l'âge des conjoints ou de l'importance de leur

contribution aux charges, d'éléments suffisants pour résoudre ces litiges d'ordre intime (1).

Les critiques opposées par Stuart Mill à la conception traditionnelle de l'autorité maritale ont trouvé un écho retentissant au Parlement allemand, lors de la discussion du nouveau Code civil. Invoquant l'invasion par les femmes de presque toutes les branches de l'activité humaine et leurs succès dans ces domaines nouveaux pour elles, Bebel contesta, en effet, que l'homme fût, en général, moralement et intellectuellement supérieur à la femme. Il demanda, en conséquence, que la loi consacrat l'égalité des droits des époux dans les décisions relatives à la vie commune. En cas de conflits, la prépondérance eût appartenu à celui qui contribuait pour la plus grosse part aux dépenses du ménage (2).

La solution proposée ne manquait pas d'être équitable, mais son application pratique parut à juste titre devoir soulever les plus grandes difficultés. Comment, en effet, évaluer l'importance et l'utilité du travail féminin, par rapport aux résultats de l'activité maritale, lorsque l'épouse consacre tout son temps et tous ses soins, non à des besognes extérieures et tarifées, mais à la tenue du ménage et à l'éducation des enfants ? Plus généralement, de tels

1. *De l'assujettissement des femmes*, p. 13, 94, 96.

2. *Zweite und dritte Berathung*, p. 191.

calculs ne compromettraient-ils pas la bonne harmonie de la société conjugale, et leur seule possibilité ne contredirait-elle pas la nature même de l'union matrimoniale ?

Est-ce à dire qu'il faille s'en tenir à la conception un peu rude qu'avait le Premier Consul de la soumission nécessaire de la femme au mari ? Si oui, on oublierait les principes du droit moderne où le pouvoir n'est plus établi dans l'intérêt de celui qui l'exerce, mais bien dans l'intérêt de celui qui y est soumis. Le Code lui-même, s'il impose l'obéissance à l'épouse, limite ce devoir par le devoir qu'il impose au mari de la protéger. En réalité, le droit du mari à l'obéissance lui est surtout conféré comme instrument de son devoir de protection. C'est assez dire qu'il appartient à l'autorité judiciaire de contrôler l'usage qu'il en fait. Ce rôle des tribunaux est déjà reconnu implicitement par Portalis, selon qui « il n'est aucun pouvoir particulier qui ne soit soumis à la puissance publique » (1). Si l'interprétation de la loi montre que l'obligation pour la femme d'obéir au mari n'a pas été établie pour le seul profit de ce dernier, les travaux préparatoires, notamment les paroles de Portalis sur la nécessité d'une direction unique, laissent entrevoir que l'autorité maritale existe surtout, non dans l'intérêt de tel ou tel conjoint,

1. Locré, t. IV, IX, p. 524, n° 66.

mais bien dans celui de l'association conjugale. Seule la survivance partielle, dans le Code civil, de la notion d'infirmité du sexe a empêché cette idée que le mari est le chef de la société matrimoniale, de développer toutes ses conséquences.

Mais il ne suffit pas, en législation, de reconnaître que l'autorité du mari ne peut légitimement s'exercer que pour sauvegarder les intérêts de l'association conjugale. Il n'est pas vrai, en effet, que l'homme et la femme soient inégaux. Ils ne présentent entre eux que des différences d'aptitudes. La nature a armé l'homme pour la vie extérieure. Elle a donné à la femme les qualités indispensables à l'organisation et à l'entretien du foyer. La loi doit tenir compte des différences voulues par la nature pour établir les droits et les devoirs des conjoints. Si nous avons combattu les moyens que proposait Stuart Mill pour délimiter les pouvoirs respectifs de chacun d'eux, nous acceptons au contraire le principe de ce partage. Mais nous pensons qu'il appartient à la loi elle-même de déterminer, à l'avance et pour tous les ménages, le domaine où le mari sera seul maître, le domaine où la femme jouira d'un pouvoir propre et indépendant, d'un droit que le mari sera tenu de respecter et la justice de sauvegarder. La loi tiendra compte, pour cette division, des dissemblances naturelles des sexes, lesquelles survivront, du moins partiellement, à l'évolution économique et aux chan-

gements des mœurs. L'union conjugale aura dès lors un représentant principal, le mari, chargé d'assurer ses relations avec le dehors ; mais, dans la sphère de ses occupations ménagères, la femme possédera, de par la loi, le droit de représenter cette même union. Tel est le système vers lequel tend le Code impérial allemand et que réalise le nouveau Code civil suisse.

Examinons maintenant les modifications que cette conception nouvelle pourrait entraîner, touchant les règles de l'existence commune.

* * *

La vie commune constitue, indépendamment de toute controverse, l'un des éléments de l'état de mariage. Néanmoins, il est bon que la loi ait rappelé et fortifié de son autorité l'obligation des époux de cohabiter ; mais le Code eût dû insister sur son caractère de réciprocité et la présenter nettement comme un devoir mutuel, au même titre que les devoirs de fidélité, de secours, d'assistance. Il eût pu également, comme le Code allemand, préciser le caractère de la vie commune imposée aux époux, indiquer d'un mot qu'ils devaient vivre comme mari et femme. Une telle adjonction eût peut-être empêché l'avocat Naylies de se jouer aussi longtemps et aussi scandaleusement des décisions de justice.

Il faut, selon nous, conserver au mari le droit de

choisir la demeure commune. La diversité d'opinions sur la fixation de la résidence conjugale constitue l'un des litiges où Bebel voulait voir prédominer la volonté de celui qui apportait la plus grosse part au budget du ménage. Nous avons dit pourquoi nous repoussions cette manière de voir. En France, la prérogative du mari à cet égard est généralement présentée, ainsi que l'obligation de la femme de le suivre à sa nouvelle résidence, comme une suite du devoir d'obéissance. En réalité, elle repose sur ce que le mari a la qualité de chef de l'union conjugale, et si le devoir d'obéissance venait à ne plus figurer dans le Code, elle n'en demeurerait pas moins justifiée (1).

De fait, le droit du mari de déterminer le domicile et la résidence communs est consacré par le Code allemand et le Code italien, bien qu'ils ne fassent pas

1. Une proposition tendant à supprimer du Code la mention du devoir d'obéissance de la femme et du devoir marital de protection a été déposée à la Chambre, le 15 octobre 1908, par MM. Godart, Bendert, Fort, Besnard, J. Chaumié et Chaumetemps, et renvoyée à la Commission de la réforme de la législation civile et criminelle. Les auteurs ne paraissent nullement avoir songé à l'influence que pourrait exercer son adoption sur les conséquences qu'une doctrine et une jurisprudence séculaires rattachent à l'article 213, souvent considéré comme le texte fondamental de l'autorité maritale. Il semble qu'ils soient surtout choqués par la forme brutale de cet article et les plaisanteries qu'il inspire lors de la célébration des mariages.

mention d'un devoir d'obéissance à la charge de l'épouse. Laurent lui-même concède ce droit au mari malgré la suppression de la puissance maritale que réalise son avant-projet de Code belge. « Le domicile, dit-il, est le lieu où une personne a son principal établissement, c'est-à-dire où est le siège de ses affaires, où elle exerce sa profession, quelle qu'elle soit ; or, c'est le mari qui par son travail entretient la famille, c'est donc à lui de choisir le lieu où il doit l'établir. » Dans la conception des rapports conjugaux que nous avons soutenue, le droit du mari à ce sujet est l'application de son pouvoir général de représenter l'union conjugale ; le domicile et la résidence sont en effet l'élément le plus important dans l'établissement des relations entre la société des époux et le monde extérieur.

Convient-il d'exprimer dans la loi des réserves à l'obligation de la femme d'habiter avec son mari et de le suivre ? Nous avons vu que le devoir de protection qui incombe à celui-ci, et aussi son obligation de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, constituent une utile contre-partie de son droit de choisir la demeure commune. Par application de cette idée, nous avons pu, avec la majorité de la jurisprudence et de la doctrine, dispenser temporairement l'épouse de cohabiter, tant qu'elle ne trouverait pas au domicile conjugal une habitation matériellement et moralement convenable. Il ne suffit pas, dit

en effet Laurent, que le mari lui offre « les quatre murs et les meubles, ainsi que les nécessités de la vie » (1). Il lui doit garantir la dignité et la sécurité de son existence. Constatant les efforts de la jurisprudence pour assurer le respect des prescriptions légales, M. Morizot-Thibault la félicite d'avoir su établir un système de sanctions graduées et conformes à l'ordre public. La femme qui craint justement de ne pas être traitée en vraie compagne est admise à refuser de rejoindre son mari ; celle qui a souffert, au cours de la vie commune, d'un état de choses contraire à la dignité du mariage peut obtenir une résidence distincte, jusqu'au retour de l'ordre ; enfin si l'impossibilité de l'existence commune est devenue évidente, elle a la faculté de faire consacrer par la justice la dislocation déjà existante du foyer conjugal, c'est-à-dire de demander le divorce ou la séparation de corps (2).

Mais il s'est rencontré des arrêts et des auteurs pour la réduire à ce dernier moyen, surtout si, pour se soustraire à la cohabitation, elle se prétend victime de mauvais traitements ou si elle sollicite une résidence particulière pour raisons de santé. Les atténuations à l'arbitraire du mari que nous avons tenté de fonder sur les articles 212 et 213, ainsi que

1. T. III, n° 87.

2. Comparer Morizot-Thibault, p. 173.

sur la disposition finale de l'article 214, ne sont donc pas impérativement imposées par ces textes. Il est plus douteux encore qu'ils puissent fournir des raisons de ne pas cohabiter à la femme que, par pur caprice, son mari emmènerait loin des siens ou de ses intérêts particuliers. Tout au plus les tribunaux pourraient-ils, selon les circonstances, découvrir dans cette exigence maritale une injure grave.

Il conviendrait donc d'emprunter au Code allemand la disposition par laquelle il dispense l'épouse de suivre la décision prise par son mari relativement à la vie commune, toutes les fois que cette décision constitue un abus de droit. Nous adopterions également l'interprétation que donne de l'article 1354 le professeur Planck et la disposition de l'article 1353, laissant à l'un quelconque des conjoints la faculté de ne pas accéder à la demande en rétablissement de la vie commune qui constituerait également un abus de droit de la part de l'autre (1). L'insertion dans notre Code d'une disposition analogue à celle de l'article 1361, en consacrant le droit à l'obtention d'une rente en argent au profit de l'époux qui a une juste raison de refuser la vie commune et qui manque de ressources, achèverait d'anéantir la jurisprudence

1. Conséquemment, il faudrait reconnaître à l'épouse, dans les cas où elle a de justes motifs de ne pas habiter avec son mari, la faculté d'avoir un domicile séparé.

qui exige la formation d'une instance en séparation de corps comme condition indispensable de toute allocation alimentaire.

En ce qui concerne les sanctions directes de l'obligation de cohabiter, la loi paraît à peu près impuissante. Nous avons longuement exposé pourquoi nous considérions comme illégal, inefficace et immoral l'emploi contre le conjoint qui se dérobe à la vie commune soit de la force publique, soit de la saisie pratiquée à titre coercitif, soit des dommages-intérêts. La condamnation de ces moyens découle suffisamment du silence du Code, sans qu'il soit nécessaire de les prohiber par un texte exprès. Il faut reconnaître, avec Planck, que les règles de la cohabitation risquent de demeurer des *leges imperfectæ* et qu'elles jouent surtout un rôle d'exhortations ou d'intimidation.

Il faut cependant signaler, dans une matière analogue, un effort de la loi française pour assurer l'exécution directe d'une obligation légale ou du moins considérée comme telle, parce qu'elle intéresse l'exécution de droits et d'obligations expressément créés par la loi. Nous voulons parler de la loi du 5 décembre 1901, incorporée à l'article 357 du Code pénal. Ce texte vise le cas où, pendant ou à la suite d'une instance en divorce ou en séparation, ou encore par application des lois des 24 juillet 1889 et 19 avril 1898, il a été statué par décision de justice

sur la garde d'un mineur. Il punit d'amende et d'emprisonnement le père ou la mère qui ne représenterait pas cet enfant à ceux qui ont le droit de le réclamer, ou qui, même sans fraude ni violence, l'enlèverait à ceux à qui il a été confié.

Dans cette hypothèse, les tribunaux, comme en matière de cohabitation, usaient, avant cette réforme, du procédé des astreintes, après avoir fait appel à la *manus militaris* et à la saisie des revenus. Ici aussi on eût pu valablement reprocher au système de l'astreinte la création par le jugement d'une obligation nouvelle, celle de payer des dommages-intérêts et la prononciation arbitraire d'une peine privée. En d'autres termes, l'objet véritable de l'astreinte, c'était de faire respecter un ordre de justice. La loi nouvelle atteint le même résultat, en supprimant les inconvénients qui résultaient de la pratique judiciaire.

On peut se demander s'il ne conviendrait pas de procéder à une réforme identique en ce qui touche la sanction de l'obligation de cohabiter. L'on est tenté de souscrire à l'affirmative, si l'on songe que déjà l'infraction au devoir de fidélité constitue, sous certaines conditions, un délit pénal. D'autre part, en Angleterre, le mépris des décisions de justice « Contempt of Cour » est, d'une manière générale, un délit. Ne pourrait-on pas s'inspirer d'un principe analogue pour assurer l'exécution des jugements qui

condamnent un époux au rétablissement de la vie commune ?

Du moins est-il certain que l'insertion dans la loi d'une sanction pénale au devoir de cohabitation exercerait sur les époux une action préventive et fortifierait dans leur esprit la notion de la vie commune obligatoire. La menace du châtiment serait plus efficace que la crainte du divorce. Lorsque, par caprice ou sans raison avouable, l'un des conjoints s'obstine dans son refus de reprendre l'existence conjugale, il est probable qu'il ne trouvera, dans la consécration par la justice de la rupture dont il est responsable, que l'occasion de se réjouir. Ce n'est pas garantir l'exécution d'un devoir que de faire dépendre sa suppression définitive de sa non-exécution. Il suffit d'autre part, pour ne pas sacrifier les droits de la victime, de lui laisser l'accès au divorce ou à la séparation, si l'attitude de l'autre époux constitue à son égard une injure grave.

C'est assez pour que nous ne demandions pas à la loi de confirmer une jurisprudence prétorienne, en plaçant le refus de cohabiter, en dehors de toutes circonstances injurieuses, au nombre des causes déterminées de divorce ou de séparation de corps. Les auteurs du Code avaient assisté aux excès et aux désordres provoqués par la législation révolutionnaire. C'est à bon escient qu'ils répudièrent la cause d'abandon, redoutant, s'ils la maintenaient, de favo-

riser la rupture du mariage par la volonté d'un seul ou par incompatibilité d'humeur ou tout au moins d'instituer un divorce par consentement mutuel exagérément simplifié. Sachons profiter de leur expérience et fortifions-la par l'exemple des scandales et des fraudes auxquels donne lieu de nos jours l'interprétation, disons plutôt l'altération jurisprudentielle de l'article 231.

Il ne suffit pas d'astreindre la femme à demeurer au domicile du mari. Elle doit être assurée d'y trouver un entretien conforme au rang, à la fortune des époux, ajoutons aux facultés de travail du mari, chef de la famille et de l'association conjugale et comme tel tenu en premier lieu du devoir alimentaire. Il faut aussi rendre effective la contribution de la femme aux charges. A cet égard, la loi du 13 juillet 1907 a réalisé un progrès certain. Il est regrettable toutefois qu'elle ait omis de consacrer au profit de chaque conjoint le droit de saisir, au moyen d'une procédure simple, économique et rapide, les revenus de celui qui essaie de se dérober aux charges. En limitant son action aux produits directs ou indirects du travail, elle a créé une inégalité fâcheuse entre les ménages aisés et les ménages ouvriers.

Nous savons d'ailleurs que les moyens ne manquent pas de faire échec à l'application de l'article 7. Aussi serions-nous assez disposés à ériger en délit, à l'exemple de nombre de lois étrangères, le fait, par

le mari notamment, de ne pas assurer l'entretien de la famille. Ce système a été proposé par M. Charmont, du moins comme mesure extrême (1) ; la peine ne pourrait être prononcée qu'après l'échec de tous autres moyens. La réforme d'ailleurs trouverait un précédent dans la législation française elle-même. N'est-ce pas déjà un délit que de délaisser un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger eux-mêmes, et la peine n'est-elle pas plus grave lorsque les coupables sont des ascendants ou des personnes ayant autorité sur les victimes ou en ayant la garde ? (Art. 349 à 353 du Code pénal, loi 19 avril 1898). A cette innovation, l'on pourrait objecter que l'emprisonnement du chef de famille risquerait d'aggraver la gêne pécuniaire de son entourage. La conséquence est malheureusement à redouter, mais il n'en reste pas moins que les condamnations prononcées à ce titre serviraient d'exemple. Elles seraient susceptibles de faire apparaître le devoir d'entretien comme particulièrement impérieux aux maris à l'égard de qui demeurent vains les préceptes de la morale ou de la religion et même les exhortations légales dénuées de sanctions directes.

D'autres mesures encore ont été préconisées en

1. « De la nécessité d'ériger l'abandon de famille en délit. »
Bulletin de la société d'études législatives, 1901-1902.

faveur de l'épouse délaissée par son mari. Nous avons vu que le nouveau code civil Suisse, lorsque le chef de famille néglige ses devoirs, laisse à la femme la faculté de demander la séparation de biens et qu'il reconnaît au juge le pouvoir d'autoriser les débiteurs du ménage à se libérer aux mains de l'épouse. Dans un sens voisin, et par analogie avec l'article 9 de la loi du 24 juillet 1889 (1), M. Cauwès proposait qu'au cas d'inconduite invétérée du mari, compliquée ou non d'abandon, il pût être déclaré déchu de la puissance maritale et que la direction de la société conjugale fût transférée à la femme (2).

La mesure paraîtrait rationnelle et équitable. Le Code lui-même n'ignore pas une interversion analogue dans les rôles des époux : elle se produit, aux termes de l'article 124, quand l'épouse d'un absent, aux fins d'empêcher l'envoi des héritiers en possession provisoire, opte pour la continuation de la communauté. Mais, si la possibilité de cette transmission était étendue au cas d'abandon prolongé ou même d'inconduite permanente du mari, il faudrait songer à garantir ce dernier contre les dangers que ferait

1. Cet article dispose que, dans le cas de déchéance de plein droit encourue par le père, les juges compétents peuvent décider que, dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les droits de la puissance paternelle.

2. De la protection des intérêts économiques de la femme mariée. *Revue économique*, 1894.

parfois courir à ses intérêts ou à ceux de l'union conjugale l'impéritie de la femme. Lui accorderait-on la faculté de demander la séparation de biens, une hypothèque légale, un droit de renonciation à la communauté ? Ce seraient là de graves bouleversements dans l'économie des régimes matrimoniaux et ils seraient de nature à ruiner le crédit du ménage.

Bien que cette étude ait surtout trait aux rapports extra-patrimoniaux des époux, nous avons dû nous étendre assez longuement sur cette conséquence qu'une jurisprudence immémoriale a déduite du devoir marital d'entretien : le mandat tacite. Nous sommes ainsi amenés à exposer sommairement les changements qui s'imposent dans l'organisation des pouvoirs ménagers de la femme. Le système qui fait d'elle la préposée du mari, sans la traiter à vrai dire comme une domestique, selon le mot un peu vif de Laurent, ne l'en laisse pas moins soumise au pouvoir de révocation du mari, à ses critiques, à son désaveu. Cette hégémonie du mari, dans un domaine où la nature n'a pas établi sa supériorité, a fait dire avec raison à M. Morizot-Thibault que la mission propre de la femme « n'est plus qu'apparente, qu'elle défaille dans la sphère que lui ouvrent ses facultés naturelles, tandis que celle du mari s'étend en dehors de ses vraies limites ». Le caractère artificiel et insuffisamment rationnel du mandat tacite ressort avec éclat de cette constatation qu'au

cas où la femme vit seule, surtout au cas d'abandon, la jurisprudence n'arrive à concilier les nécessités de son existence particulière avec les règles positives du droit qu'en dénaturant la volonté probable du mari et que ses décisions varient à l'infini selon les circonstances de fait.

Il est vrai que la loi du 13 juillet 1907 associe partiellement l'épouse à l'administration des intérêts du ménage. Mais il ne suffit pas que l'épouse qui travaille séparément puisse, par l'exercice des droits nouveaux que lui reconnaît cette loi, engager le mari et la communauté dans la limite des besoins de la famille. Il faut que toutes les épouses, quels que soient le régime matrimonial et leur situation sociale, jouissent du pouvoir propre, lorsqu'il s'agit de remplir leur mission naturelle et traditionnelle, de représenter l'union conjugale, sous le contrôle du mari, chef de cette union. Telle est la conséquence nécessaire de la délimitation de pouvoirs que nous avons préconisée, à l'exemple du nouveau Code civil Suisse, entre les conjoints. Ce n'est qu'en associant ainsi la femme aux affaires qui concernent la vie commune, en l'instituant collaboratrice du mari dans le gouvernement de la famille, comme dans son commerce ou dans son industrie, ainsi qu'en précisant les dispositions légales dans le sens que nous avons antérieurement indiqué, qu'on rendra aussi vraie dans l'ordre juridique que dans l'or-

dre moral la définition que Portalis donnait du mariage : « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, pour partager leur commune destinée » (1).

1. Locré, t. IV, IX, p. 481, n° 4.

Vu : le Doyen,
CAUWÈS

Vu le Président de la thèse
PIÉDELIÈVRE

Vu et permis d'imprimer.
Pour le Vice-Recteur :
L'Inspecteur de l'Académie
GALLOUÉDEC

ADDENDA

Sur le mandat tacite, ne prétendant pas donner de cette fiction une théorie générale, nous avons surtout exposé les idées de la jurisprudence. Il convient de signaler ici ce qu'elles présentent parfois, du moins dans leur expression, d'illogique ou d'équivoque.

Notamment, les juges considèrent volontiers que la règle qui déclare nuls les engagements pris par la femme mariée sans le consentement de son mari reçoit exception, dans l'hypothèse et dans la mesure où l'exécution de ces engagements a tourné à son profit (Req. rejet, 2 janvier 1901. — Paris, 7 mars 1890). En réalité, en pareil cas, si la femme est tenue, ce n'est pas en vertu de ses engagements contractuels, plus ou moins partiellement maintenus, mais à raison de ce principe d'équité que nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. C'est un acte illicite que le fait de ne pas restituer la valeur de l'enrichissement obtenu *cum alterius detrimento*.

et injuria. Or les incapables s'obligent par leurs actes illicites.

Du même principe, et non de la supposition d'un contrat tacite plus ou moins valable, nous ferions dépendre le règlement des rapports entre la femme mariée et son médecin.

BIBLIOGRAPHIE (1)

- Aftalion*. — Lafemme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires. Paris, 1899.
- Albert* (Jean). — Arrêts de la Cour du Parlement de Toulouse. Toulouse, 1731.
- Basset*. — Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale. Thèse de Paris, 1896.
- Beaumanoir* (Philippe de). — Coutumes de Beauvoisis, éd. Beugnot, 2 vol. 1842.
- Berryer*. — Des astreintes. Thèse de Paris, 1903.
- Bertin*. — Ordonnances surrequête. Paris, 1874.
- Beudant*. — Etat et capacité des personnes, 2 vol. Paris, 1896.
- Binet* (Pierre). — Lafemme dans le ménage. Thèse de Nancy, 1904.
- Note au Dalloz, 1905, 2. 249.
- Boniface*. — Arrêts du Parlement de Provence, 5 vol. Lyon, 1708.
-

1. Dans cette liste ne figurent pas les ouvrages qui n'ont donné lieu qu'à des citations isolées, non plus que les ouvrages courants de droit romain ou de droit civil, ni les grands recueils modernes de jurisprudence.

- Bourdot de Richebourg*. — Coutumier général, 8 tomes
1724.
- Bridel* (Louis). — Les droits des femmes et le mariage. Paris,
1893.
- Carpentier*. — Traité du divorce. Paris, 1885.
- Cauwès*. — La protection des intérêts économiques de la
femme mariée, 1894. Revue économique.
- César-Bru*. — Note au Dalloz, 1896. 2. 105.
- Chardon*. — Traité de la puissance maritale. Paris, 1841.
- Charmont*. — Revue critique de législation et de jurispru-
dence, 15 mars 1908.
- Bulletin de la Société d'études législatives, 1901-1902
- Chéron* (Albert). — Etude sur l'adage : « Uxor non est pro-
pria socia, sed speratur fore ». Thèse de Paris, 1901.
- Cormis* (de). — Recueil de consultations, 2 vol. Paris, 1735.
- Coulon* (Henri). — Le divorce et la séparation de corps,
5 vol. Paris, 1890-1897.
- Covarruvias*. — Opera omnia. Lyon, 1661.
- Cubain*. — Traité des droits des femmes. Paris, 1842.
- Dorville*. — De l'intérêt moral dans les obligations. Thèse
de Paris, 1901.
- Douxchamps*. — De l'obligation de la cohabitation entre
époux. Revue de Droit belge, 1897.
- Dufail*. — Arrêts du Parlement de Bretagne, 2 vol. Nantes,
1715.
- Durand*. — L'autorité maritale et les droits de l'épouse et de
la mère en dehors des questions patrimoniales.
Thèse de Paris, 1902.

Dutruc. — Traité de la séparation de biens. Paris, 1853.

— Note au Sirey, 1860. 2. 577.

Esmein. — Le mariage en droit canonique, 2 vol. Paris, 1891.

Espeisses (d'). — Œuvres, revues par Guy du Rousseau de la Combe, 3 vol. Lyon, 1750.

Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris, 1827-1828, 15 vol.

Fustel de Coulange. — La cité antique. Paris, 1874.

Gastambide (Maurice). — Le féminisme et le régime légal de la communauté.

— (Discours prononcé à la conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.)
Gaz. des trib., 4 décembre 1908.

Gide (Paul). — Etude sur la condition privée de la femme, éd. Esmein. Paris, 1885.

Glasson. — Le Code civil et la question ouvrière. Paris, 1886.

— Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, 2^e édit. Paris, 1880.

Hémarcl. — Note au Sirey, 1907. 1. 145.

Hitier. — Du développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis 1884. Paris, 1895.

Journal des audiences du Parlement de Paris, commencé en 1662, 7 vol. Paris.

Journal du Palais, 2 vol. Paris, 1755.

Laurent. — Avant-projet de revision du Code civil, 6 vol. Bruxelles, 1882-1885.

Lefebvre (Ch.). — Introduction à l'histoire du droit matrimonial français. Paris, 1900.

— Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ? Nouv. revue historique du droit français et étranger, 1902.

Lehr (E.). — Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés. Paris, 1899.

Lesenne. — De l'obligation des époux d'habiter ensemble. Revue critique de législation et de jurisprudence en matière civile, 1867.

Locré. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France, 31 vol. Paris, 1829-1832.

Louet. — Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris... pris des mémoires de Louet... recueillis par Brodeau, 2 vol. Paris, 1742.

Loynes (de). — Note au Dalloz, 1891. 2. 257.

Merlin. — Questions de Droit, 1810.

Meynial (Edmond). — Le mariage après les invasions. Nouvelle revue historique de droit, 1897-1898.

— De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire. Revue pratique de droit français, 1884, t. LVI, p. 385.

Morizot-Thibault. — De l'autorité maritale. Paris, 1899.

Nourry. — Le rôle possible de la femme mariée dans la gestion des biens communs. Thèse de Paris, 1906.

Pichon (Adolphe). — Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage. Etude de la loi du 13 juillet 1907. Revue critique de législation et de jurisprudence. Paris, 1908.

- Poullain du Parc.* — La coutume et la jurisprudence coutumière de Bretagne, dans leur ordre naturel. Rennes, 1793.
- Procès.* — De l'abandon du domicile conjugal par la femme mariée. Revue de droit belge, 1897.
- Proudhon.* — Traité sur l'état des personnes et le titre préliminaire du Code civil, 3^e éd. revue par Valette, 2 vol. Paris, 1842.
- Renault.* — Note au Sirey, 1874. 2. 11.
- Roguin.* — Le mariage (droit comparé). Paris, 1904.
- Sanchez.* — Disputationum de sancto matrimonii sacramento. tomi tres. Anvers, 1652.
- Starcke.* — La famille dans les différentes sociétés, trad. Madvig. Paris, 1899.
- Stuart Mill.* — L'assujettissement de la femme, trad. Cazelles. Paris, 1876.
- Valensi.* — L'application de la loi du divorce en France. Paris, 1905.
- Vazeilles.* — Traité du mariage. Paris, 1825.
- Viollet.* — Histoire du droit civil français. Paris, 1905.
- Vraye et Gode.* — Le divorce et la séparation de corps, 2 volumes. Paris, 1887.
- Wahl (Albert).* — Note au Sirey, 1895. 2. 25.
- Weill.* — De la notion d'injure grave en matière de divorce, et de séparation de corps. Thèse de Paris, 1906.
- Westermarck.* — Origines du mariage dans l'espèce humaine, trad. H. de Varigny. Paris, 1895.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE.....	5

PREMIÈRE PARTIE

LE DEVOIR DE LA VIE COMMUNE ET LE DEVOIR ALIMENTAIRE ENTRE ÉPOUX DANS L'ANCIEN DROIT

CHAPITRE I. — Le droit romain.....	9
CHAPITRE II. — Les mœurs et les lois barbares.....	16
CHAPITRE III. — Le droit canonique.....	21
CHAPITRE IV. — Les coutumes et la jurisprudence des Parle- ments.....	32

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN

SECTION I. — Le devoir de la vie commune.....	57
CHAPITRE I. — Nature et étendue de l'obligation réciproque des époux de cohabiter.....	57
§ 1. — Généralités	57
§ 2. Obligation de la femme de suivre son mari et de demeurer avec lui	62
§ 3. — Obligation du mari de recevoir sa femme.....	78
CHAPITRE II. — Les sanctions de l'obligation réciproque de cohabiter.....	88
§ 1. — Considérations générales.....	88
§ 2. — Contre la femme : l'appel à la force publique...	92
§ 3. — Sanctions indirectes au profit du mari : le refus d'aliments. La saisie des revenus de la femme.....	109

§ 4. — Condamnation de la déserteuse à des dommages-intérêts. — Emploi de l'astreinte.....	117
§ 5. — Sanctions au profit de la femme.....	131
CHAPITRE III. — Le divorce et la séparation de corps comme sanction du devoir de cohabitation.....	135
§ 1. — Législation intermédiaire, travaux préparatoires du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884...	135
§ 2. — A quel titre et dans quelles conditions la violation du devoir de cohabitation peut motiver le divorce ou la séparation.....	140
§ 3. — Les infractions au devoir de la vie commune et la réforme du divorce.....	160
SECTION II. — Le devoir alimentaire dans son rapport avec la cohabitation.....	167
CHAPITRE PREMIER. — Principes et étendue du devoir marital d'entretien.....	167
CHAPITRE II. — De l'influence des séparations de fait sur l'obligation alimentaire réciproque.....	173
CHAPITRE III. — Le mandat tacite dans ses rapports avec la cohabitation et avec le devoir marital d'entretien.....	190
§ 1. — Economie générale du mandat tacite.....	190
§ 2. — Influence de la séparation de fait sur le mandat tacite.....	199
CHAPITRE IV. — La contribution des époux aux charges du ménage d'après la loi du 13 juillet 1907.....	220
§ 1. — Histoire de la loi.....	220
§ 2. — Son influence sur le mandat tacite.....	225
§ 3. — La saisie de salaires entre conjoints (art 7)...	229
SECTION III. — La cohabitation et l'obligation alimentaire au cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps.....	246
CHAPITRE I. — Mesures relatives à la résidence séparée des époux.....	246
CHAPITRE II. — Pension alimentaire.....	259
CHAPITRE III. — Influence de l'instance sur le mandat tacite.....	277
CHAPITRE IV. — Sanctions des dispositions relatives à la résidence séparée.....	285

<i>Appendice.</i> — Le sort de la pension alimentaire lors de la liquidation de la communauté.....	293
--	-----

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE UNIQUE. Législations étrangères.....	297
Etats scandinaves	298
Russie	299
Autriche	300
Hongrie.....	300
Angleterre	301
Ecosse	303
Amérique du Nord.....	303
Amérique du Sud.....	305
Pays-Bas	306
Portugal	306
Espagne	307
Italie	307
Belgique (avant-projet Laurent)	308
Allemagne	314
Suisse	323
Divers	329
CONCLUSION	330
ADDENDA	351
BIBLIOGRAPHIE.....	353

